İSLÂM FIKHI ANSİKLOPEDİSİ

Prof. Dr. Vehbe Zuhaylî

6

بسم الله الرحمن الرحیم

الفقه الإسلامي وأدلته

الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية
وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها

وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية

« مَن يُرِدِ اللهُ بِهِ خيرًا يُفقِّهْهُ في الدِّينِ »

تأليف

الدكتور وهبة الزحيلي

الطبعة الثالثة ١٤٠٩ هـ = ١٩٨٩ م

ط ١ ١٤٠٤ هـ = ١٩٨٤ م

İSLÂM FIKHI ANSİKLOPEDİSİ

Prof. Dr.
Vehbe Zuhaylî

6

İSLAM FIKHI ANSİKLOPEDİSİ

İlmi Müşavir
M. Emin SARAÇ

Genel Yayın Yönetmeni
Y. Doç. Dr. Mehmet Ali Yekta SARAÇ

Redaktör
Hamdi ARSLAN

Mütercimler
Dr. Ahmet EFE • Beşir ERYARSOY
H. Fehmi ULUS • Abdürrahim URAL
Doç. Dr. Yunus Vehbi YAVUZ • Nurettin YILDIZ

İmlâ ve Metin Tashihi
Dr. Musa DUMAN • Dr. Hayati DEVELİ

Kapak
Hamid YÜKSEK

Dizgi
Risale Yayınevi

Baskı
GRAPHISCHER GROSSBETRIEB PÖSSNECK
GMBH EIN MOHNDRUCK BETRIEB

1994

KARZ
İCÂR (KİRA) AKDİ
CİÂLE (MÜKÂFAT VADİ)
MAL ŞİRKETLERİ
MUDAREBE ORTAKLIĞI
İSLÂM FIKHI AÇISINDAN ESKİ VE YENİ
DURUMUYLA ŞİRKETLER
HİBE
ÎDÂ (EMANET BIRAKMA)
İÂRE (ÖDÜNÇ)
VEKÂLET
KEFALET
HAVALE
REHİN
SULH
İBRÂ
İSTİHKAK
MUKÂSSA (BORÇLARIN TAKASI)
İKRAH
HACR

İslam Fıkhı Ansiklopedisi'nin altıncı cildi Beşir Eryarsoy tarafından tercüme edilmiştir.

KARZ

Karz, genel anlamıyla satışa benzemektedir. Çünkü o da mal karşılığında malın temlik edilmesidir. [1] Aynı şekilde selef (borç verme)'in de bir türüdür. [2] Bir kısım ilim adamı şöyle demiştir: Karz, satışın kendisidir. Ancak Karâfî karz ile satış arasında üç farkın olduğunu belirtmektedir. Buna göre karzda üç şer'î kaideye muhalefet söz konusudur:

1- Şayet karz, ribevî (kendisinde faiz muamelesi cereyan eden)mallarda olursa ribâ kaidesine muhalefet söz konusudur. Ribevî mallar ise, Hanefîlerle esah kabul edilen görüşlerinde Hanbelîlere göre kile ile ölçülenler ve ağırlık ile tartılanlardır. Malikîlere göre ise iki nakit veya gıda oluştur; Şafiîlere göre ise, nakit oluş veya yiyecek özelliği olanlardır.

2- Malum olanın kendi cinsinden meçhul olan karşılığında satılması demek olan muzabene kaidesi. Şayet karz, hayvan ve buna benzer mislî olmayan şeylerde olursa, bu kaideye muhalefet vardır.

3- Eğer karz mislî şeylerde olursa, insanın yanında olmayan şeyi satma kaidesine muhalefet vardır.

Bu muhalefetlerde sebep, insanların maslahatlarına riayet ve maruf işlerin yapılması için onlara kolaylık sağlamaktır. Bundan dolayı, meselâ, karz ile karzı veren kişiye (mukrize) bir menfaat sağlamak hâlinde olduğu gibi, maruf işlemek kasdı güdülmediği takdirde, karz haram olur. [3]

1. Karzın Tarifi ve Hükmü

Tarifi: Karz, sözlükte "kesmek" demektir. Karz isteyen kimseye (mukteriz),

---

1- *el-Bedayi,* VII, 215.
2- *el-Muğnî,* IV, 313; *el-Muvafakât,* IV, 42.
3- *el-Furuk,* IV, 2 vd.

ödenen mala "karz" adı verilmesinin sebebi bunun mukrizin (karz verenin) malından bir parça olmasından dolayıdır. Yani mef'ul olana masdar adı verilmiştir.

Hanefîlere göre bir ıstılah olarak karz, daha sonra almak üzere verilen mislî mal demektir. Diğer bir ifade ile karz, mislî bir malın bir başkasına, onun mislini geri vermesi şartı ile söz konusu olan özel bir akit demektir. [1]

Meşruluğu: Karz, sünnet ve icma ile caizdir: Sünnetten caiz oluşunun delili İbni Mes'ud'un rivayet ettiği Peygamber (a.s.)'in şu hadisidir: *"Bir müslüman bir başka müslümana iki defa karz verecek olursa, mutlaka bir defa sadaka vermiş gibi olur."* [2] Enes'ten gelen rivayete göre de Resulullah (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Mir'ac yaptığım gece cennetin kapısında şunun yazılı olduğunu gördüm: Sadaka on kat karşılığı ile mükâfaat görür, karz ise on sekiz kat karşılığı ile. Ben: "Ey Cebrail! Ne diye karz sadakadan daha faziletlidir?" diye sordum, şöyle dedi: "Çünkü dilenci, elinde olduğu hâlde dilencilik yapar; karz isteyen ise ancak muhtaç olduğu için karz ister."* [3] Ebu Râfi'den bir "menfaat getiren karza" dair bilgi verilirken gelecek bir hadis de vardır ki, o da sünnetten meşruluğunun delilleri arasındadır.

Müslümanlar karzın caiz olduğu üzerinde de icma etmişlerdir. [4]

Karz, mukriz (karz veren) hakkında menduptur, muktariz (karz isteyen) kişi için de mübahtır. Az önce gördüğümüz hadisler bunu göstermektedir. Ayrıca Ebu Hureyre (r.a.)'den gelen rivayete göre ise Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Bir müslümanın dünya sıkıntılarından birisini rahatlatan kimsenin, Allah da kıyamet günü sıkıntılarından bir sıkıntısını rahatlatır. Zor durumda olan birisine kolaylık sağlayana Allah dünyada da ahirette de kolaylık sağlar. Kul kardeşine yardımcı olmaya devam ettiği sürece de Allah da o kula yardımca olur."* [5] Ebu'd-Derdâ (r.a.) şöyle demiştir: *"İki karz verip sonra bunların geri ödenmesi, sonra bunları bir defa daha karz vermem bunları sadaka vermekten daha çok hoşuma gider."* İbni Mes'ûd ile İbni Abbâs da şöyle demişlerdir: *"İki defa karz vermek, bir de-*

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 179; *Haşiyetü'd-Desûkî,* III, 222.

2- Bu hadisi İbni Mâce, *Sahih*'inde İbni Hibbân ve Beyhakî hem *merfû* olarak, hem de Abdullah b. Mes'ud'a *mevkûf* olarak rivayet etmişlerdir. İbni Mâce'nin kaydettiği rivayetin senedinde *metrûk* olan Süleyman b. Beşîr vardır. Durum ne olursa olsun, Kur'ân-ı Kerîm ve hadis-i şeriften pek çok destekleyicisi ve delili vardır. *et-Tergîb ve't-Terhîb,* II, 41; *Neylü'l-Evtâr,* V, 229.

3- Hadisi İbni Mace ve Beyhakî, Enes b. Mâlik'ten rivayet etmişlerdir. Taberânî ve Beyhakî de bu hadise yakın bir rivayeti Ebu Ümame (r.a.)'den kaydetmektedirler, 408 *Mecmau'z-Zevâid,* IV, 126; *et-Tergîb ve't-Terhîb,* a.y.

4- *el-Muğnî,* IV, 313; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 117.

5- Hadisi Müslim, Ebu Dâvud, Tirmizî, Nesei, muhtasar olarak İbni Mâce rivayet etmişlerdir. Hâkim de rivayet etmiş ve şöyle demiştir: "Buharî ve Müslim'in şartlarına göre sahihtir." Bir lafzında da: *"Kim müslümanın bir sıkıntısını giderirse..."* şeklindedir. *et-Tergîb ve't-Terhîb,* II, 44; *Mecmau'z-Zevâid,* I, 33.

fa sadaka vermekten hayırlıdır." [1] Hanbelîler şöyle der: "Sadaka vermek karz vermekten daha faziletlidir. Kendisinden karz istendiği hâlde karz vermeyen kimse için de günah söz konusu değildir." [2]

2. Karz Akdini Yapan Kimse ve Karz Sigası

Karz, ancak tasarrufu caiz kimse tarafından yapılırsa sahih olur. Çünkü mal üzere yapılan bir akittir. O bakımdan satışta olduğu gibi ancak tasarrufta bulunması caiz olan kişi tarafından yapılırsa sahih olur.

Karz ancak icap ve kabul ile akdolunur. Çünkü karz insanın yaptığı bir temliktir. Satış ve hibe gibi icap ve kabul olmadan sahih olmaz.

Karz, karz ve selef lafzı ile sahihtir. Çünkü şeriatte her ikisi de varit olmuştur. Bunun manasını veren tabirlerle de yapılırsa sahih olur. Meselâ: "Bana bedelini geri vermen şartıyla sana bunu temlîk ediyorum" (seni buna malik kılıyorum.) demesi gibi. [3]

3. Karzda Muhayyerlik yahut Ecel (Vade):

Meclis muhayyerliğini kabul eden Şafiîlerle Hanbelîlere göre karzda böyle bir muhayyerlik sabit değildir. Şart muhayyerliği de sabit olmaz. Çünkü muhayyerlikten maksat fesihtir. Karzda ise akdi yapan tarafların her birisinin, dilediği takdirde akdi feshetmesi caizdir. Dolayısıyla muhayyerliği kabul etmenin anlamı yoktur.[4]

Fakihlerin cumhuruna göre ise karzda vadenin şart koşulması caiz değildir. Eğer karz, belirlenen belli bir vadeye ertelenecek olursa hemen vadesi gelmiş demek olur. Çünkü karz, dirhemin dirheme satılması anlamında bir işlemdir. Dolayısıyla nesie ribâsına (vadeli faize) düşmekten korumak için vade tayini caiz olmaz. Ayrıca karz mutlak bir teberru olduğundan dolayı mukriz (karzı veren) derhal bedelini isteme hakkına sahiptir. Çünkü karz mislî şeylerde mislin geri verilmesini icap ettiren bir akittir. Dolayısıyla telef etmekte olduğu gibi, derhal bedelinin geri verilmesini icap ettirir. Vadesi gelmiş her türlü deyn (borç) de bu şekildedir. Ertelenmek ile ertelenmiş olmaz. Bu satış ve icarede bedelin hilâfınadır. Satış ve icare bilinen bir vadeye ertelenecek olursa, vade gelmeden önce istenmesi hakkı yoktur. Fakat Hanefîler şöyle demişlerdir: Şu dört durumda karz için vadenin lüzumu söz konusudur:

1- Vasiyyet: Bir kişi bir başkasına meselâ bir seneye kadar bir miktar malın

---

1- *el-Mühezzeb,* I, 302; *el-Muğnî,* IV, 313.

2- *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 83.

3- *el-Mühezzeb,* I, 302; *el-Muğnî,* IV, 314; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 179; *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 84.

4- *el-Mühezzeb,* I, 303; *el-Muğnî,* IV, 315; *Tekmiletü'l-Mecmû,* XIII, 165; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* IV, 177-178.

karz verilmesini vasiyet ederse, mirasçılar vadenin gelişinden önce karz alandan ödemeyi yapmasını isteme hakkına sahip değildirler.

2- İnkâr: Eğer karz inkâr edilmekte, sahibi de ödenmesini bir süreye bağlamışsa, bu süre lâzım bağlayıcı olur.

3- Mahkemenin hükmü: Hakim karzın lüzumuna -İmam Malik ve İbni Leylâ'nın görüşü ile amel ederek- hüküm verecek olursa yine vade lâzım olur.

4- Havale: Borçlu alacaklısını bir başkasına havale eder ve karz veren ona bir vade verirse yahut onu ödeyeceği borcun vadesi belli olan bir borçlusuna havale ederse vade lâzım olur. Çünkü havale ibra edicidir. Yani havale sayesinde havaleyi yapanın zimmeti ibra olur ve muhalünleh'ine yani karz veren kimseye havale hükmü gereğince muhalünaleyh (kendi üzerine havaleyi kabul eden) de bir deyni (alacağı) sabit olur. İşte bu da hakikatte deynin tecil edilmesi (süreye bağlanması)'dir, karz değildir.

İmam Malik şöyle der: Karz ona bir süre tayin etmekle vadeye bağlanır. Çünkü Peygamber (a.s.): *"Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar."* (1) buyurmuştur. Ayrıca akdi yapan taraflar böyle bir akitte ikale ve akdi geçerli kabul etme hususunda tasarrufta bulunma imkânına sahiptirler. Dolayısıyla vadeyi arttırmak imkânına da sahiptirler (2) Vakıanın gereğine uygun akılen kabul edilen görüş de budur.

4. Karzın Sahih Olduğu Şeyler

İlim adamları karzın nelerde sahih olduğu konusunda farklı görüşlere sahiptirler.

Hanefîlere göre: Karz, mislî olan şeylerde sahihtir. Mislî şeyler ise, birimleri arasında kıymetin farklılaşmasını doğuracak şekilde farklılaşma olmayan şeylerdir. Kile ile ölçülen, ağırlık ile tartılan ceviz ve yumurta gibi birbirine yakın adedî şeyler aynı ebattaki kâğıt, kumaş gibi uzunluk ile ölçülen şeylerdir. Ekmeğin ağırlık ve sayı ile karz edilmesi caizdir. İnsanların buna muayyen olarak ihtiyaçları bulunduğundan dolayı İmam Muhammed'in görüşüne göre mezhebte fetvaya esas olan görüş budur. Hayvan, odun, akar gibi mislî olmayan kıyemî şeyler ile birbirinden farklı adedî şeylerin karzı caiz değildir. Çünkü misillerinin geri verilmesi mümkün değildir. (3)

1- Bu hadisi Ebu Dâvud, Ahmed, Tirmizî ve Darekutnî, Amr b. Avf el-Müzenî'den, o babasından o da dedesinden *merfû'* olarak rivayet etmişlerdir. İbni Hibbân, Ebu Hureyre'den gelen rivayetinin *sahih* olduğunu kaydetmiştir. Ayrıca Hâkim tarafından Enes'ten rivayet edilmiştir. Râfi' b. Hadic' den de Taberânî tarafından kaydedilmiş bir rivayeti vlardır. el-Bezzâr, İbni Ömer'den gelen bir rivayetini kaydetmektedir. İbni Ebu Şeybe tarafından da Ata'dan *belağ* yoluyla gelmiş, Buharî de bu hadisi kaydetmiştir. *Sübülü's-Selâm,* III, 59; *el-Mekâsidü'l-Hasene,* 385.

2- Bu konuda İbni Kudame (*el-Muğnî* IV, 315)'ye dayandık; *el-Mühezzeb,* I, 303.

3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 179, 195.

Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere göre: Kendisinde selem yapılması sahih olan her türlü malın karzı da caizdir. İster altın, gümüş ve yiyecek gibi kile ile ölçülen yahut ağırlık ile tartılan olsun, ister ticaret malları, hayvan vb. sayılan şeylerden olan kıyemî şeylerden olsun, değişen bir şey yoktur. Çünkü Ebu Rafi'in rivayetine göre Peygamber (a.s.) altı yaşında bir deve karz almıştı. [1] Bu ise, ne kile ile ölçülen ne de ağırlık ile tartılan bir şeydir. Diğer taraftan selem olarak sabit olan bir şeye satış ile malik olunur ve nitelik ile de tayini mümkündür. O bakımdan kile ile ölçülüp ağırlık ile tartılan şeyde olduğu gibi bunların da karzı caiz olur. Selemin caiz olmadığı mücevherat ve benzeri şeylerde, esah kabul edilen görüşe göre, karz sahih değildir. Çünkü karz, mislinin geri verilmesini gerektirir. Tespiti mümkün olmayan yahut varlığı az rastlanılan şeylerin ise mislinin geri verilmesi ya çok zor veya imkânsızdır. [2] Buna göre fakihlerin cumhuruna, insan müstesna, satışı sahih olan her bir aynda karz sahihtir. İbni Teymiyye'nin hilâfına, menfaatlerin karzı ise sahih olmaz. Menfaatlerin karzına misal, kendisi ile bir gün hasatta çalışması karşılığında onun da onunla bir gün hasatta çalışması yahut birinin ötekinin evinde sakin olması gibi hallerdir.

5. Karzın Hükmü

Ebu Hanife ve Muhammed'e göre, karzda mülkiyet kabz ile sabit olur. Bir kimse bir ölçek buğday karz alır ve bunu kabzederse onu aynen alıkoyup onun mislini geri verebilir. İsterse karz veren kişi, o aynın geri verilmesini talep etsin. Çünkü o ayn, karz verenin mülkiyetinden çıkmış ve karz isteyenin zimmetinde karz veren için onun aynı değil, misli sabit olmuştur; Velev ki aynı mevcut olsun.

Ebu Yusuf şöyle der: "Karz alan kişi, karz aldığı şey yanında bulunduğu sürece karza malik olmaz" [3]

Malikîlere göre: Karz ve benzeri hibe, sadaka ve ödünç verme gibi maruf türünden olan işlerde akit ile mülkiyet -malı kabzetmese dahi- sabit olur. Karzı alan kimsenin karz aldığı şeyin mislini de ayn'ını da geri vermesi caizdir. Karz aldığı şey, ister mislî olsun, ister olmasın. Elverir ki, bir fazlalık yahut eksiklikle değişikliğe uğramamış olsun. Değişikliğe uğramış ise mislin geri verilmesi icap eder.[4]

Esah kabul edilen görüşlerinde Şafiîlerle Hanbelîlere göre: Karzda mülkiyet, kabz ile sabit olur. Şafiîlere göre karz alan kişi, mislî şeylerde mislini geri verir. Çünkü bu, onun hakkına daha yakındır. Kıyemî şeylerde ise şeklen onun misli olanı verir. Çünkü Peygamber (a.s.) altı yaşında bir deveyi (bekr) karz olarak almış, onun yerine bir rabâî (yedi yaşında deve) vermiş ve: "*Sizin en hayırlılarınız ödemelerini*

1- Bu hadis-i şerifin kaynakları ileride "menfaat getiren karz" başlığı altında Ebu Râfi'den gelen rivayeti ile kaynakları belirtilecektir.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 222; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 288; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 118 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 303; *el-Muğnî,* IV, 314; *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 84 vd.

3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* IV, 181.

4- Şerhü'l-Kebir ve Desûkî Haşiyesi, III, 226; *eş-Şerhu's-Sağîr,* Daru'l-Mearif baskısı, , 295.

daha güzel şekilde yapanlarınızdır" buyurmuştur. [1]

Hanbelîlere göre: Fakihlerin ittifak ettiği üzere, kile ile ölçülüp ağırlık ile tartılanlarda mislin geri verilmesi gerekir. Olçülüp tartılan şeylerin dışında kalanlarda iki görüş vardır: Birisine göre karz alındığı günkü kıymetinin geri verilmesi icap eder, diğerine göre ise takribî nitelikleri ile onun mislinin geri verilmesi icap eder.[2]

6. Ödeme Yeri

Dört mezhep âlimleri karzı ödemenin karz işleminin gerçekleştiği beldede olacağı üzerinde ittifak etmişlerdir. Eğer onu başka yere taşımak bir masraf gerektirmiyorsa yahut yolda bir tehlike bulunursa bir başka yerde ödemesi sahihtir. Şayet yüklemeye ve masrafa ihtiyacı olursa, karz veren onu teslim almak için ilzam edilmez (mecbur tutulmaz). [3]

7. Bir Menfaat Sağlayan Karz

Hanefîler tercihe şayan kabul ettikleri görüşlerinde şöyle demektedir: Beraberinde bir menfaat sağlayan her bir karz, menfaat şart koşulmuş ise haramdır. Eğer menfaat şart koşulmamış yahut karzda böyle örf hâline gelmemiş ise, bunda mahzur yoktur. Buna göre alacaklı olan mürtehinin şart koşulmuş yahut örf hâline gelmiş ise rehinden faydalanması caiz değildir. Şayet böyle olmazsa tahrimen mekruh olmakla birlikte caiz olur. Ancak rehin veren (râhin) izin verirse helâldir. Nitekim Hanefî mezhebinin muteber kitaplarında böyle denilmiştir. Bazı Hanefî âlimleri de şöyle demektedir: Rehin veren faydalanmasına izin verse dahi ondan yararlanmak helâl değildir. Bu, şeriatın faizi haram kılmak hususundaki genel ruhuna uygundur.

Karz verene hediye vermenin hükmü de böyledir; eğer şart ile olursa tahrimen mekruh olur, değilse olmaz. [4]

Malikîlere göre: İkram ve benzeri bir maksat için değil de, borç dolayısıyla karz alan kimsenin bineğine binmek, evinde yemek gibi bir yolla mallarından faydalanmak haramdır. Nitekim karz alan kimsenin karz veren kişiye hediye vermesi de bu şekilde haramdır. Eğer hediye veren bu hediyesi ile borcunun ertelenmesi ve benzeri bir maksadı gözetir ve aralarında karzdan önce borçlunun misil, nitelik ve miktar itibarıyla hediye vermesi söz konusu olmamışsa yahut yeniden meydana

1- Bu hadisin kaynakları ileride "menfaat sağlayan karz" bahsinde Ebu Rafi'in rivayeti kaydedilirken belirtilecektir.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 119 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 303; *el-Muğnî,* IV, 314.

3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 180; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 296; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 119; *el-Muğnî,* IV 325.

4- *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 182; *Mecmau'd-Damanât,* 109; *Müzekkerât fi'r-Rehn bi'd-Dirasati'l-Ulyâ* 96.

gelmiş sıhrî akrabalık yahut komşuluk gibi hediyeyi gerektirici bir durum sebebiyle olmamışsa hediyeleşmenin hükmü budur. Şayet bu hediyeleşme borç için değil de, aradaki münasebet için yapılmışsa hüküm bundan farklıdır. Haram oluş hükmü, almaya da vermeye de taalluk eder. Böyle bir durumda eğer hediye baki ise, geri vermesi icap eder. Telef olmuş ise mislî olanda mislini, kıyemî olanda da kıymetini ona geri vermesi gerekir. Bu borç ilişkisinin kalması hâlinde böyledir. Borcun ödenmesi hâlinde ise, borçlu borcundan fazlasını ödeyecek olursa ve satış sebebi ile borçlanmış ise, bu mutlak olarak caizdir. İster ödenen nitelik yahut miktar itibarıyla daha üstün olsun, ister süre içerisinde, ister ondan önce, ister sonra olsun, farketmez. Eğer borcun ödenmesi bir karz sebebiyle olmuşsa, şayet bu fazlalık bir şart yahut bir vaad yahut bir âdet dolayısıyla yapılmışsa mutlak olarak menedilir. Ortada bir şart, vaat ve âdet yoksa nitelik itibarıyla daha üstün olanında, Malikîlerin ittifakı ile, caizdir. Çünkü Peygamber (a.s.) altı yaşında bir deve karz olarak almış ve ondan daha iyi bir deve ile -ileride geleceği gibi- ödemesini yapmıştır. Miktar olarak daha fazla olanında ise görüş ayrılığı vardır. İmam Malik'in *el-Müdevvene*'sinde belirtildiğine göre; ancak çok az ve basit olanlarında caizdir. İbni Habîb ise bunu mutlak olarak caiz kabul etmiştir. (1)

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: Bir menfaat sağlayan karz caiz değildir. Meselâ, evini satması şartı ile ona bin dinar karz vermesi yahut ondan daha kaliteli veya daha fazlasını vermesi şartı ile karz vermesi gibi. Çünkü Peygamber (a.s.) selef ve satışın birlikte yapılmasını nehyetmiştir. (2) Selef ise Hicazlılar'ın lehçesinde karz demektir. Ubeyy b. Kab ile İbni Abbas'tan rivayet edildiğine göre onlar bir menfaat çeken karzı nehyetmişlerdir. (3) Çünkü karz bir menfaat ve Allah'a bir yakınlık aktidir. Şayet bunda ayrı bir menfaat şart koşulacak olursa, gerçek konusunun dışına çıkmış olur. Bu durumda karz sahih olur, şart da batıl olur. İleri sürülen bu menfaat

---

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr ve Haşiyetü'd-Desukî* III, 224 vd.; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 228 vd.

2- Bu hadisin kaynakları daha önceden gösterilmişti. Bu hadisi ayrıca Ebu Dâvud, Tirmizî ve Neseî Abdullah b. Amr b. el-As'tan: *"Selef ve satış (bir arada) helâl olmaz."* lafzı ile rivayet edilmiştir. Taberanî'nin *Mucem*'inde Hakîm b. Hizam'dan bir başka rivayeti daha vardır, şöyle denmiştir: *"Resulullah (a.s.) bana dört şeyi nehyetti: Selef ve satış, bir satışta iki şart, yanında olmayanı satmak ve tazminat altında olmayan şeyin kârı." Nasbu'r-Râye,* IV, 19; *Mecmau'z-Zevâid,* IV, 85.

3- İbni Kudâme, *el-Muğnî,* IV, 319'da böylece zikretmektedir. Ayrıca bunu Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*'da bu şekilde İbni Mes'ud ve Ubeyy b. Ka'b, Abdullah b. Selâm ve İbni Abbas'tan onlara *mevkûf* olarak rivayet etmiştir. Ayrıca bunu el-Hâris b. Ebu Usame, *Müsned*'inde Ali b. Ebu Talib'den şu lafızla rivayet etmektedir: *"Peygamber (a.s.) bir menfaat getiren karzı nehyetmiştir."* Bir diğer rivayette: *"Menfaat getiren her bir karz ribâdır."* şeklindedir. Ancak isnadı *sakıt*'tır Çünkü onun isnadında Sevvâr b. Mus'ab el-Hemezânî el-Müezzin el-Amâ bulunmaktadır ki, bu *metruk* bir ravidir. Bunu ayrıca el-Beyhakî *el-Marife*'de şu lafızla rivayet etmektedir: *"Bir menfaat getiren her bir karz ribâ şekillerinden bir şekildir."* Amr b. Bedr, el-Muğnî de: "Bu konuda sahih bir rivayet yoktur" demektedir. *et-Telhisü'l-Habîr,* 245; *Neylu'l-Evtâr,* V, 232; *Sübülü's-Selâm,* III, 53 Fakat durum her ne olursa olsun, bunun ifade ettiği mana doğrudur ve şer'î kaidelerce desteklenmektedir.

ister nakit ister ayn; ister çok, ister az olsun farketmez.

Bir kişi bir başka kimseye şartsız olarak mutlak bir şekilde karz verecek olursa, o da nitelik itibarıyla ondan daha iyisini geri verse yahut daha fazla miktarda ödese veya evini ona satsa caizdir. Karz verenin bunu alması mekruh değildir. Çünkü Ebu Râfi' (r.a.)'den şöyle dediği rivayet edilmiştir: *"Resulullah (a.s.) bir adamdan altı yaşında bir deve karz aldı. Zekât develeri geldiğinde bana adama aynı şekilde altı yaşında bir deve ödememi emretti. Ben: "Develer arasında ondan daha iyi ve yedi yaşında bir deveden başka bulamıyorum." dedim. Peygamber (a.s.) şöyle buyurdu: "Onu alacaklıya ver. Sizin en hayırlınız ödemesi daha iyi olanınızdır."* (1) Cabir b. Abdullah (r.a.)'ın şöyle dediği rivayet edilmektedir: *"Resulullah (a.s.) üzerinde alacak bir hakkım vardı. Onu bana ödedi ve fazlasını da verdi.* (2) Beraberinde bir menfaat çeken karzı nehyeden ifade hadis değildir. Nitekim Hafız ez-Zeylaî, *Nasbu'r-Râye*'de bunu böyle tespit etmiştir. Aynı şekilde biz de bundan önceki dipnotta belirttik. el-Kerhî ve başkalarının da belirttiği gibi bunun menfaatin şart koşulduğu yahut örfün bu şekilde cereyan ettiği şeyler için anlaşılması mümkündür.

Fazla ödemeye alışmış kimseden karz almak hususunda iki görüş vardır. Şafiîlerce daha uygun görüleni mekruh olduğudur. Hanbelîlerde ise iki rivayet vardılr, esah olanı kerahetsiz olarak caiz olduğudur. (3)

Kısacası karz iki şart ile caizdir: (4)

1- Her hangi bir menfaat sağlamamalıdır. Eğer bu menfaat karz verene gidiyor ise, ittifakla menedilmiştir, çünkü bu konuda nehiy vardır ve maruf ölçülerin dışına çıkılmaktadır. Eğer karz alanın lehine ise caizdir. Şayet her ikisi içinde menfaat söz konusu ise, zaruret olmadıkça caiz olmaz. Biraz sonra gelecek olan *suftece* gibi zaruret hâlinde ise ihtilaf edilmiştir.

2- Karz (selef) ile birlikte satış ve buna benzer bir başka akit eklenmemelidir.

Borçlunun hediyesine gelince: Malikîlere göre alacaklının bunu kabul etmesi caiz değildir. Çünkü bu gecikmeye karşılık alacağındaki bir fazlalık sonucunu verir. Cumhur eğer şart koşulmamış ise bunu caiz kabul etmiştir. Nitekim karz veren ile karz alan kimse arasında hediyenin borç dolayısıyla değil de aradaki bağlar sebebiyle yapılması hâlinde hediye caizdir.

1- Bu hadisi İmam Ahmed ve Müslim ile dört *Sünen* sahibi rivayet etmişlerdir. *et-Telhisü'l-Habir*, 245, *el-Muvatta*, II, 168; *Neylü'l-Evtâr*, V, 230.

2- Hadisi Buharî, Müslim ve İmam Muhammed rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr*, V, 231.

3- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 119 vd.; *el-Mühezzeb*, I, 304; *el-Muğnî*, IV, 321 vd.; *Gâyetü'l-Münteha*, II. 8: vd.

4- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 288.

Dikkat edilecek olursa, malın tasarruf sandıklarında yahut yatırım belgelerine yatırılmasına karz hükümleri tatbik edilir. Sandığın, kendisinde mallarını bırakanlara ödediği fayda helâl olamaz. Çünkü aradaki ilişki -bazı fetva verenlerin de belirttiği gibi- mücerret bir vedia (emanet) ilişkisi değildir. Zira bu mal, mutlak bir vedia olsaydı, bu sandığın başında bulunan kimselerin onu işlerinde ve verimli yatırımlarda kullanmaları şer'an caiz olmazdı. Çünkü vedinin (emanet kabul edenin) vedia üzerindeki sahip olduğu bütün hak, onu korumaktan ibarettir; onda tasarruf etmek değildir. Fakat mudi (emanet eden) vediada tasarrufta bulunma iznini ona verecek olursa, bu bir karz olur. Çünkü itibar manalaradır. Aynı şekilde temettu belgelerinde tayin edilmiş olan sınırı belli, yıllık faydası tespit edilmiş, maktu kârlar da meşru değildir. Çünkü şirketlerde, özellikle de mudarebe şirketlerinde bu caiz olmaz. Bunun caiz olma yolu şudur: Kâr miktar itibarıyla tahdit edilmeyecek ve eğer muayyen bir alanda yatırımda kullanılırken zarar gerçekleşecek olursa zararda da ortaklık esası üzerinde de ittifak edilecektir.

8. Suftece [1]

Suftece bir kimsenin bir beldede bir kişiye bir karz vermesi, buna karşılık mukrizin (borç alanın) yahut onun vekilinin veya alacaklısının muayyen bir başka beldede, mukrizin kendisine yahut vekiline veya alacaklısına o karzı ödemesinin söz konusu edildiği malî bir muameledir.

Hanefîlere göre: Eğer bundan maksat olarak gözetilen menfaat (yani başka beldedeki ödemeden maksat olarak gözetilen yol tehlikesi), akit esnasında şart koşulmuşsa yahut örfün bir gereği ise tahrimen mekruhtur. Merginanî şöyle demektedir: "Suftece mekruhtur. Suftece karz veren kimsenin yolun tehlikesini kaldırma faydasını elde ettiği bir karz işlemidir. Bu ise karz sebebi ile sağlanan bir fayda türüdür. Resulullah (a.s.) ise bir menfaat sağlayan karzı nehyetmiştir." [2]

Şafiîlere göre: Suftecenin menedildiğini kabul ederler. Çünkü suftece, yol tehlikesinin bertaraf edilmesini karz verene bir menfaat olarak sağlamaktadır.[3]

Malikîlere göre: Onlara göre de menedilmiştir. Çünkü suftece bir menfaat sağlayan bir karzdır. Ancak malını korumak maksadıyla zaruret hâlinde caiz olabilir. [4]

1- Sîn ve tâ harflerinin fethalı yahut ötreli olarak yahut sîn'in ötreli tâ'nın da fethalı olarak okunuşu ile (suftuce, seftece, suftece şekillerinde olmak üzere) okunur. Bu son şekil (yani suftece) ise en meşhur olan okuyuş şeklidir. Farsça asıllı Arapçalaştırılmış bir kelimedir. Bu, mukrizin kendisi adına karzın bedelini şart koştuğu mekânda kabzedecek kimseye yazdığı bir parçadır. Bu parça günümüzde çek yaprağı gibidir. Günümüzde bilinen bir çeşit senet de kabul edilebilir.

2- *el-Hidâye maa'a'l-Fethu'l-Kadir,* V, 452.

3- *el-Mühezzeb,* I, 304.

4- *el-Hirşî,* IV, 141 vd.; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 250, 288; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 225.

Hanbelîlerce tercih edilen görüşe göre: Eğer bu muamele karşılıksız yapılıyorsa caizdir. İbni Teymiyye, İbnü'l-Kayyim ve İbni Kudâme mutlak olarak caiz olduğu görüşünü tercih etmişlerdir. Çünkü burada menfaat sadece karz verene has değildir. Aksine her ikisi de bundan faydalanmaktadırlar. [1]

1- Metalibu Uli'n-Nuha, III, 246, el-Muğnî, IV, 321; A'lamu'l-Muvakki'în, et-Ticariyye baskısı, I, 391.

İCÂR (KİRA) AKDİ

İcâre kira akdi, İslâm şeriatinin aktin tabiatına göre özel hükümlerini açıklamaya önem verdiği, satış (bey') gibi ismi tespit edilmiş akitlerdendir. [1] Bununla birlikte icâre akdi süresi geçici olmak bakımından satış akdinden ayrılmaktadır. Satış akdi ise geçiciliği kabul etmez, ebedî bir akittir. Çünkü satış akdi ayn'ın mülkiyetinin başkasına geçişini gerektirir.

İcâre akdi, pratik hayatta oldukça önemli akitlerdendir. Bundan dolayı bu akdin en önemli özelliklerinden ve hükümlerinden söz edeceğiz:

1. İcârenin Meşruluğu

Meşruluğu: Ebu Bekr el-Esam, İsmail b. Uleyye, el-Hasen el-Basrî' el-Kâsânî, en–Nahravânî ve İbni Keysân dışında kalan fakihler icâre aktinin meşru olduğu üzerinde ittifak etmişlerdir. Sözü geçen bu fakihler icâre akdini caiz kabul etmezler. Çünkü icâre menfaatin satılmasıdır. Menfaatler ise aktin gerçekleşmesi esnasında kabzedilemeyen ve mevcut olmayan şeylerdir. Bu menfaatler daha sonra zamanla peyderpey tahsil edilir. Olmayan bir şeyin satış ihtimali olmaz. Ayrıca satışın gelecekte ortaya çıkacak bir şeye izafe edilmesi caiz değildir. İbni Rüşd onlara şöylece cevap vermektedir: "Menfaatler her ne kadar akdin yapıldığı sırada mevcut değil ise de çoğunlukla tahsil edilebilen şeylerdir. Şeriat ise menfaatlerden çoğunlukla tahsil edilen yahut da tahsil edilmesi ile edilmemesi ihtimali eşit olan şeyleri göz önünde bulundurmuştur." [2]

1- *el-Ukûdü'l-Müsemmâ*= ismi tespit edilmiş akitler: Şari'in adlarını koyup düzenlediği akitlerdir. Satış, icâre, şirket, kefalet ve hibe gibi. Bu akitler hakkında, akitlere dair genel kaideler ile onların her birisine dair özel kaideler uygulanır. *el-Ukûdu gayru'l-Müsemmâ* ismi tespit edilmemiş akitler ise şeriat koyucunun düzenlemediği akitlerdir. Çağımızda yeni ortaya çıkmış ithalat, otelde kalmak gibi akitler bunlara örnektir. Bu gibi akitler ise akitlere dair genel kaideler çerçevesinde ele alınır.

2- *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 218.

Cumhur icâr akdinin caiz olduğuna Kur'ân, sünnet ve icmadan delil göstermiştir: *"Eğer o hanımlar çocuklarınızı sizin için emzirirlerse onlara ücretlerini verin."* (Talâk, 6) Yüce Allah'ın Şuayb (a.s.)'ın iki kızından birisinin söylediği şu sözleri de bize nakletmesini, bu aktin caiz oluşuna delil göstermişlerdir: *"İkisinden biri dedi ki: "Babacığım onu ücretle tut. Çünkü senin ücretle tuttuklarının hayırlısı, kudretli ve emindir." Dedi ki: "Sekiz sene bana hizmet etmen üzere isterim ki bu iki kızımdan birini sana nikâhlayayım. Eğer on seneyi tamamlarsan o senin lütfundandır..."* (el-Kasas, 26-27) Bu ayet-i kerimeyi delil göstermek, bizden öncekilerin şeriati neshedilmediği sürece bizim için de şer'î bir hüküm ifade eder, diyenlerce sahih bir delillendirmedir.

Sünnetten delil ise Peygamber (a.s.)'in şu buyruğudur: *"Ücretli çalıştırdığınız kimselere ücretini teri kurumadan ödeyiniz."* (1)

Ücretin verilmesinin emredilmesi icârın sahih olduğuna delildir. Hz. Peygamberin: *"Her kim bir ücretli tutarsa ona alacağı ücreti bildirsin."* (2) buyruğu da buna delildir.

Saîd b. el-Müseyyeb de Sa'd (r.a.)'ın şöyle dediğini rivayet etmektedir: *"Bizler arazileri akarsuların kıyılarında bitecek ekin karşılığında kiraya verirdik. Resulullah (a.s.) bize bunu nehyetti ve altın yahut gümüş karşılığında kiralamamızı emretti."* (3)

İbni Abbâs (r.a.)'ın rivayetine göre Peygamber (a.s.) hacamat yaptırmış ve hacamat yapana ücretini ödemiştir. (4)

İcmadan deliline gelince: Ümmet ashab-ı kiram döneminde el-Esam, İbni

---

1- Bu hadis Ebu Hureyre tarafından rivayet edilmiştir. Ayrıca İbni Ömer, Cabir ve Enes tarafından da rivayetleri vardır. Ebu Hureyre'den gelen rivayetini Ebu Ya'lâ *Müsned*'inde; İbni Ömer'den gelen rivayeti İbni Mâce *Sünen*'inde; Câbir'in rivayetini Taberânî *el-Mucemu's-Sağîr*'inde rivaye etmektedir. Enes'in hadisini de Ebu Abdullah et-Tirmizî, el-Hâkim Nevârirü'l-Usûl adlı eserinde kaydetmiştir. İbni Hacer şöyle der: "Bütün bunlar *zayıf* hadislerdir." *Nasbu'r-Râye,* IV, 129 vd.; *Mecmau'z Zevâid,* IV, 97; *Sübülü's-Selâm,* III, 81.

2- Abdürrezzâk, *Musanne*f'inde Ebu Hureyre ile Ebu Saîd el-Hudrî'den, Muhammed b. el-Hasan da *el-Âsâr*'da rivâyet etmiştir, senedinde *inkıtâ'* vardır. Beyhakî, Ebû Zür'a şöyle demiştir: "Sahil olan *mevkûf* yani Ebu Saîd el-Hudri'ye kadar *mevkûf* olarak gelen rivâyettir." *Nasbu'r-Râye,* IV 131; *Sübülü's-Selâm,* III, 82; *Neylu'l-Evtâr,* III, 292.

3- Hadisi Ahmed, Ebu Dâvud ve Neseî, Sa'd b. Ebu Vakkâs'tan şu lafızla rivayet etmişlerdir: *"Peygamber (a.s.) döneminde tarla sahipleri tarlalarını suyun kıyısında ve suyun etrafında bitecek mahsul karşılığında kiralarlardı. Resulullah (a.s.)'ın huzuruna gelerek bu hususta davalaştılar. O da bu şekilde arazilerini kiralamalarını nehyederek şöyle dedi: "Altın ve gümüş karşılığı kiraya veriniz." Neylü'l-Evtâr,* V, 279.

4- Bu hadisi Ahmed, Buharî ve Müslim rivayet etmiştir. Ayrıca Buharî şu lafzı eklemektedir: *"Şayet haram olsaydı bunu ona vermezdi." Nasbu'r-Râye, IV, 134; Neylü'l-Evtâr, V, 285; Sübülü's-Selâm, III, 80.*

Ulcyye ve diğerlerinin dünyaya gelmesinden önce icârın caiz olduğu üzerinde icma etmişlerdir. Çünkü insanların menfaatlere olan ihtiyaçları, malın kendine olan ihtiyaçları gibidir. Aynlar hakkında satış akdi caiz olduğuna göre menfaatler hakkında icâre akdinin de caiz olması icap eder [1]

2. Rüknü ve Manası

Hanefîlere göre icârın rüknü *icap* ve *kabul*dür. Bu da icâre, isti'car, kiralama kiraya verme lafızları ile olur.

Cumhura göre bu akdin rükünleri dörttür: [2] Akdi yapan iki taraf müeccir (kiraya veren) ve müstecir (kiracı) sıga (icap ve kabul), ücret ve menfaat.

Sözlükte îcarın manası, menfaatin satılması demektir. Şer'î manası da aynen sözlükteki manası gibidir. Bundan dolayı Hanefîler şöyle demişlerdir: "İcâr, ivaz (bedel) karşılığını menfaatler üzerinde yapılan bir akittir." [3] Satışın ta'lîki başka bir şeye bağlı kılınması) sahih olmadığı gibi, icarenin de ta'lîki sahih değildir. Ancak icarenin fakihlerin cumhuruna göre gelecekteki bir zamana izafe edilmesi -az önce belirttiğimiz gibi satışın aksine- sahihtir. Şafiîler ise malın kendisini geleceğe bağlı olarak kiralamayı bey'de olduğu gibi caiz kabul etmezler. Fakat icarenin zimmette olmak üzere izafe edilmesini caiz kabul ederler. Meselâ "Ben senin zimmetini bu eşyalarını şu şehire şu ayın başında taşımakla yükümlü tutuyorum." denilmesinde olduğu gibi. Çünkü deynin vadeye bağlanması mümkündür. Nitekim her hangi bir şeyde belli bir süreye selem yapması da böyledir. Aynı şekilde ayn'ın icâre edilmesi hakkındaki esah kabul edilen görüşlerine göre, ayn'a sahip olan kimsenin daha önce o ayn'ı icâra verdiği kimseye bu süre sona ermeden yeni bir süre ile icâra vermesi sahihtir. Çünkü icâra verilen şey bir olmakla beraber iki süre arasında da bir ara bulunmamaktadır.[4]

Şafiîler icârı şöyle tarif ederler: "İcâr maksat olarak gözetilen malum, mübah, verilebilmesi kabil ve belli bir bedel karşılığında mübah kılınabilen bir menfaat

1- *el-Mebsût*, XV, 74; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, III, 147; *el-Bedâyi*, IV, 173; *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 218; *el-Mühezzeb* I, 394; *el-Muğnî*, V, 397; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 332.

2- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 274; *Muğni'-Muhtâc*, II, 332.

3- *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr*, VII, 145; *el-Bedâyi*, IV, 174; *Tebyînu'l-Hakaik*, V, 105; *İbni Âbidîn*, V, 1 Bizler icâr lafzını icare lafzına tercih ettik. Çünkü icâre ücretin ismidir. Bu da ecîrin kiralanması karşılığında verilen şeydir. Diğer taraftan bu *ecr* fiilinin de masdarı değildir. Çünkü masdar olarak böylesi işitilmiş değildir. Bilindiği gibi sülasî fiilin masdarı kıyasî değil, semâîdir. Bizler bazan "icâre" lafzını kullanacak olsak dahi, yaygınlığı dolayısıyla kullanmış olacağız.

4- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 338. Şafiîlere göre icare iki türlüdür: Ayn hakkında gelen icare, yani bir ayna bağlı olan menfaat hakkında söz konusu olan icare. Akarın icaresi yahut muayyen bir bineğin veya kişinin icaresi gibi. Dikkat edilecek olursa akarın icaresi, ancak ayn icaresi türünden olabilir. Çünkü bu, zimmette sâbit olmaz. Zimmet hakkında varit olan icareye gelince, niteliği belli bir hayvanın, meselâ yük taşımak için kiralanması yahut bir kişinin zimmetinin dikiş, inşaat ve buna benzer muayyen bir işi yapmayı kabul etmesi ise zimmet hakkında söz konusu olan icâre türlerine örnektir. *Muğni'l-Muhtâc*, II, 333.

üzerindeki akittir." Bu tariflerindeki kayıtlar ile bir takım şeyler, tarifin dışında bırakılmış olmaktadır: "Menfaat" sözleriyle ayn (malın kendisi) dışarıda kalmış olmaktadır. Çünkü ayn üzerindeki akit ya satış veya hibedir. "Maksat olarak gözetilen" ifadesiyle bir satıcının yorucu olmayan bir söz söylemesi karşılığında ücretle tutmak gibi önemsiz menfaatleri; "malum (bilinen)" sözleriyle belli olmayan bir iş üzere mudarebe ve cialeyi; "verilebilen ve mübah kılınabilen" kaydı ise evlilik menfaatini kapsamın dışında bırakmak içindir. Çünkü bu akde icâre adı verilmez. Son kayıt (yani ivaz karşılığı olma kaydı) ise, menfaatlerin hibe edilmesi, vasiyet edilmesi, ortaklık ve ödünç verme akitlerini kapsamın dışında bırakmak içindir.[1]

Malikîler şöyle demektedir: "İcâr bir şeyin mübah menfaatlerini bir ivaz (bedel) karşılığında belli bir süre mülk olarak vermektir." [2] Hanbelîler de böyle söylemişlerdir. [3]

İcâre menfaatlerin satışı olduğuna göre, fakihlerin cumhuru ağacın ve asmaların meyvelerini almak maksadıyla icâra verilmesini caiz kabul etmezler. Çünkü meyve bir ayndır. İcâre ise aynın değil, menfaatin satışıdır. Koyunun sütü, yağı, yünü yahut yavrusu için icâra verilmesi caiz değildir. Çünkü bu gibi şeyler ayndır. İcâre akdi ile bunlara hak kazanılamaz. Yine bir nehirdeki kuyu, kanal yahut pınardaki suyun icâra verilmesi de caiz değildir. Çünkü su bir ayndır. İçinde suların da bulunduğu korulukların balık veya buna benzer kamış ve av için icâra verilmesi de caiz değildir. Çünkü bütün bunlar bir ayndır. Buna göre havuzların yahut küçük gölcüklerin avlanmak maksadıyla yani oralardan balık avlamak kasdı ile icâra verilmesi caiz olmaz. [4]

Meraların icâra verilmesi de caiz değildir. Çünkü meralarda biten ot, icârı mümkün olmayan bir ayndır.

Fakihlerin cumhuruna göre damızlık olarak kullanılmak üzere erkek hayvanın ücretle kiralanması caiz değildir. Çünkü ondan maksat nesil elde etmektir; bu da bir ayndır. Peygamber (a.s.)'in de *"Damızlığın döllendirme için kiraya verilmesini nehyettiği"* [5] sabit olmuştur. Burada hadisin lafzında "kiralamak" kelimesi mecaz-ı mürsel kabilinden olmak üzere zikredilmemiştir; Yüce Allah'ın: *"Kasabaya sor"* (Yûsuf, 82) buyruğunda olduğu gibi. Dirhemlerin, dinarların, kile ile ölçülen ve ağırlık ile tartılan şeylerin (mekîl ve mevzunların) icâra verilmesi caiz değildir. Çünkü bunlardan aynlarını tüketmedikçe

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 332.
2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 2; *el-Furûk,* IV.
3- *el-Muğnî,* V, 398; *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 190; *Keşşafu'l-Kınâ,* III, 537.
4- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* IV, 110 vd.
5- Bu hadisi Buharî, Ahmed, Neseî ve Ebu Dâvud, İbni Ömer'den rivayet etmiş, ayrıca başka sahabelerden de ileride işaret edilecek değişik lafızlarla da rivayet edilmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 146.

faydalanmaya imkân yoktur. İcârede akde konu olan ise ayn değil, menfaattir. [1] İşte bütün bunlar sebebiyle şu kaide kabul edilmiştir: "Aynı baki kalarak kendinden faydalanılabilen her şeyin icâra verilmesi caizdir, öyle olmayanlar ise caiz değildir."

Aynların icârı hususunda İbnü'l-Kayyim şöyle der: "Fakihlerin esas aldığı kaide (ki o da icâre akdiyle hak edilen şeyin, aynlar değil, menfaatler olduğudur) tutarsızdır. Böyle bir esas kaideye, Kitaptan da sünnetten de icmadan da bir delil yoktur, sahih bir kıyasla buna delil getirilemez. Aksine asılların (Kitab ve sünnetin) delâlet ettiği şey şudur: Aslının kalması ile birlikte peyderpey meydana gelen aynların hükmü, menfaatlerin hükmü gibidir. Meselâ, ağaçtaki meyve, hayvandaki süt, kuyudaki su böyledir. Bundan dolayı vakıfta ayn ile menfaat arasında fark gözetilmemiştir. Mesken olarak kullanılmasında olduğu gibi, menfaatinin vakfedilmesi de caiz görülmüştür. Sütünden faydalanmak maksadı ile hayvanın vakfedilmesi gibi, aynın vakfı da caizdir. Aynı şekilde bir eşya ile faydalanıp sonra onu geri çeviren kimseye ödünç vermek gibi, sütünü içip kendisini geri vermek üzere koyunu menîha olarak vermek gibi; dirhemlerden yararlanıp, sonra da bedellerini geri verecek olan kimseye karz olarak vermek gibi işlemler hep caizdir. İşte icârede de durum böyledir. Kimi zaman menfaat hakkında söz konusu olur, kimi zaman da aslın kalıcılığı ile birlikte peyderpey meydana gelen ayn hakkında söz konusu olur. Sütannenin sütü ve koyunun menfaati gibi. Bu gibi aynlar asıllarının kalıcılığı ile birlikte peyderpey meydana geldiklerinden bunlar da menfaat gibi kabul edilmiştir. Aralarındaki ortak özellik, akit ile maksat olarak gözetilen şeyin peyderpey ortaya çıkmasıdır. Bu şekilde ortaya çıkan şeyin ayn olması ile olmaması arasında fark söz konusu değildir. [2]

3. İcârenin Şartları

Satış aktinde olduğu gibi icâr aktinde de dört şart söz konusudur. Bunlar in'ikad, nefaz, sıhhat ve lüzum şartlarıdır. Biz burada bazı şartlara işaret edecek geri kalanları için Satış aktinde yapılan açıklamalara atıfta bulunacağız.

İn'ikad şartları:

Bunlar üç türlüdür: Bir kısmı akdi yapana, bir kısmı akdin kendisine, bir kısmı da akdin mahalline racidir. Bizler burada akdi yapana raci olanlardan söz etmekle yetineceğiz ki, bu da akıldır. Yani akdi yapan kimse akıllı olmalıdır; delinin, aklı ermeyen küçüğün icâre akdi, -satış akitleri gibi- olmaz.

Hanefîlere göre: Akdin olması (in'ikadı) için de, nefazı (geçerliliği) için de bülûğ şartı aranmaz. Eğer mümeyyiz küçük, kendisine ait olan malı icâra verse yahut kendisi ücretle çalışmayı kabul etse, şayet bu konuda ve diğer hususlarda ona

---

1- *el-Bedâyi'* IV, 175.
2- *A'lâmu'l-Muvakki'în,* II, 15.

izin verilmiş ise bu akdi nafiz(geçerli)dir. Eğer tasarruflardan hacir altına alınmış (kısıtlanmış) ise, velisinin geçerli kabul etmesine bağlıdır. [1]

Malikîlere göre: İcâr ve satışta temyiz bir şarttır. Bülûğ ise nefazın (geçerliliğin) bir şartıdır. Mümeyyiz küçük ücretle çalışmayı kabul etse yahut malını icâra verse bu akdi sahihtir ve akdin geçerli olması velisinin rızasına bağlıdır. [2]

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: Mükellefiyet şarttır. Bu da icâr akdinin gerçekleşmesi için bülûğ ve akıldan ibarettir. Çünkü bu, hayatta iken bir temlik akdidir. O açıdan satışa benzemektedir. [3]

Nefaz (geçerlilik) şartları:

İcâre akdinin nefazı için mülkiyetin yahut velâyetin bulunması şartı aranır. Fuzulî kişinin icâre akdi geçerli değildir. Çünkü mülkiyeti yahut velâyeti bulunmamaktadır. Ancak Hanefîlerle Malikîlere göre satış akdinde olduğu gibi, asıl malikin geçerli kabul etmesine bağlı olarak (mevkufen) akdolur. Bu hüküm ise Şafiîlerle Hanbelîlerin hilâfınadır.

Geçerli kabul etmek (icaze), mevkuf icareye bir takım şartlara bağlı olarak katılabilir. Bunlardan birisi *mâkûdunaleyhin* (icâre akdine konu olan şeyin) var olmasıdır. Şayet fuzulî icara verir, malik olan da bu akdi kabul edecek olursa duruma bakılır: [4] Eğer menfaatin elde edilmesinden önce akdi geçerli kabul edecek olursa, bu geçerli kabul etmesi caizdir. Ücret de malike ait olur. Çünkü ma'kudun aleyh mevcuttur.

Şayet menfaatin elde edilişinden sonra akdi geçerli kabul edecek olursa, onun bu geçerli kabul etmesi bir şey ifade etmez. Bu durumda da ücret, akdi yapana ait olur. Çünkü üzerinde akit yapılan menfaatler, geçerli kabul etmesinden önce geçmişte telef olup bitmiştir. Onun geçerli kabul etmesi hâlinde mevcut değillerdir. Artık akdin mahalli bulunmadığından dolayı bundan sonra akdin mahalli bulunmadığından dolayı bundan sonra akdin kalıcılığı söz konusu olmaz. O bakımdan geçerli kabul etmesi de sahih olmaz. Nitekim satış akdinde de böyle olduğunu gördük. Böyle bir durumda akdi yapan fuzulî kişi de teslim ile gasbedici olur.

Hanefîlere göre: Gasbedici gasbettiği şeyi kiralayacak ve bunu tespit edecek olsa, sonra da malik: "Senin kiralamanı geçerli kabul ettim" dese şayet icâre süresi bitmiş ise ücreti gâsıp alır. Çünkü üzerinde akit yapılan şey yok olmuştur. Geçerli kabul ediş ise, -önceden de söylediğimiz gibi- yok olana erişmez. Eğer bu geçerli

1- *el-Bedâyi,* IV, 176.
2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* Iv, 3.
3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 332; *el-Muğnî,* V, 398.
4- *el-Bedayî',* IV, 177.

kabul etme, müddetin kısmen geçmesinden sonra olmuş ise, Ebu Yûsuf'a göre ücret bütünüyle malike aittir. Çünkü müddet devam etmekte ise, akit batıl olmaz. O bakımdan bu akit geçerli kabul edilmeye konudur. Buna göre Ebu Yûsuf müddeti göz önünde bulundurmuş demektir.

İmam Muhammed şöyle der: Geçen sürenin ücreti gasbedene, kalanın ücreti de malike aittir. Çünkü menfaatin parçalarından her birisi ötekinden bağımsız olarak bir ma'kûdunaleyhtir (akde konudur). Buna göre icâre süresinin bir kısmı geçecek olursa, icâre vaktinde geçen yok olmuş olur. O bakımdan yok olduğundan dolayı geçerli kabul etmenin ona erişmesi sahih olamaz. Buna göre de Muhammed makudunaleyhi nazar-ı itibara almış demektir.

Ebu Yûsuf ile Muhammed arasındaki bu görüş ayrılığı, gasbedilmiş bir arazinin ziraat için kiraya verilmesi ve daha sonra arazi sahibi tarafından icâre akdinin geçerli kabul edilmesi hâlinde de aynen söz konusudur.

Ayrıca İmam muhammed şöyle demektedir: Şayet gâsıp, o icareyi müzaraa akdi ile verecek olursa, mesele duruma göre farklılık gösterir: Şayet ekin başak vermiş ve henüz kurumamış iken arazi sahibi de bunu geçerli kabul ederse müzaraa akdi geçerli olur. Ekinden gâsıbın alacak bir şeyi olmaz. Çünkü müzaraa akdi bir tek şey ayarındadır. Onun işlerinin bir kısmı ötekinden ayrılamaz. O bakımdan menfaatin elde edilişinden önce akdin geçerli kabul edilmesi, akdin baştan beri bu şekilde yapılması ayarındadır. Şayet ekin kurumuş ise, müzaraa işi de bitmiş demektir. O bakımdan akdin geçerli kabul edilmesi buna eklenmez, ekin de gasbedene ait olur.

Sıhhat şartları:

İcârenin sahih olması için akdi yapana, ma'kûdunaleyhe, makudunaleyh olan yere, ücrete ve akdin kendisine ait bir takım şartlar aranır. Söz konusu bu şartlar şunlardır:

1- Akdi yapan tarafların rızası:

Satışta da olduğu gibi akdi yapan tarafların rızasının bulunması şarttır. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Ey iman edenler! Birbirinizin mallarını kendi aranızda batıl yollarla yemeyin. Meğer ki aranızda karşılıklı bir anlaşma ile yapılan ticaret ola..."* (Nisâ, 29) İcâre de bir ticarettir. Çünkü onda da malın mal ile değiştirilmesi manası vardır. [1] Bu şart akdi yapan ile alâkalıdır. Bundan sonra söz konusu edeceğimiz şart ma'kûdunaleyh ile alâkalıdır.

2- *Ma'kûdunaleyhin* -ki bu da menfaattir- anlaşmazlığa meydan vermeyecek şekilde bilinmesi:

Eğer anlaşmazlığa götürecek şekilde bilinmeyen bir şey olursa akit sahih

---

1- *el-Bedâyi'*, IV, 179.

değildir. Çünkü böyle bir bilgisizlik, teslim etmeye ve teslim almaya engeldir. O bakımdan akitten gözetilen maksat gerçekleşmez.

Ma'kûdunaleyhin bilinmesi, menfaatin yerinin, sürenin ve sanatkâr ve işçilerin ücretle tutulması hâlinde de yapılacak işin açıklanması ile gerçekleşir.

Menfaat Mahallinin Açıklanması:

Bu ücretle tutulan ayn'ın bizzat bilinmesi ile gerçekleşir. Bir kişi bir diğerine: "Ben sana şu iki evden birisini kiralıyorum" yahut "Şu iki binekten birisini" veya: "Şu iki sanatkârdan birisini sana ücretle veriyorum" diyecek olsa, makûdunaleyhte ileri derecede garar (bilinmeyiş) bulunduğundan akit sahih değildir. Bir kişi bir diğerinden kurumuş bir su yatağını yahut arazinin belli bir yerini, oradan kendisinin arazisine suyu geçirip kendi arazisini sulamak maksadı ile kiralayacak olursa, Hanefîlerdeki meşhur görüşe göre caiz değildir. Bu Ebu Hanife ile Ebu Yûsuf'un görüşüdür. Çünkü su yatağında akacak olan suyun miktarı azlık ve çokluk itibarıyla farklı farklıdır. Bunun fazlası yatağa zararlıdır. Zarar verecek miktarı ise zımmen istisna edilir. Zarar vermeyecek olan ise, tespit edilebilecek durumda değildir. Dolayısıyla makudunaleyhin mahalli bilinmemekte, (meçhul kalmaktadır.

İmam Muhammed'den bunun caiz olduğu rivayet edilmiştir. Çünkü akdin caiz oluşuna engel, yerin bilinmemesidir. Bu bilinmeme ise, tayin ile ortadan kaldırılmış olmaktadır. [1]

Sürenin Açıklanması:

Bu evlerin, konakların, odaların, dükkânların kiralanmasında, sütannenin ücretle tutulmasında istenen bir husustur. Çünkü ma'kûdunaleyh, süre tayin edilmeden miktar olarak bilinemez. Onun açıklanmaması anlaşmazlığa götürür.

Uzun yahut kısa olsun icâre akdi her hangi bir süre için sahihtir. Bu ilim adamlarının çoğunluğunun görüşüdür. Sahih kabul edilen görüşe göre Şafiî âlimleri de bu kanaati paylaşan ilim adamları arasında bulunur. [2] Onlar şöyle derler: "İcâre akdinin, bu konuda bilgi sahibi olanların görüşüne göre çoğunlukla ayn'ın kalabildiği süre kadar yapılması sahihtir. İcâre için azamî bir süre takdiri söz konusu değildir; çünkü bu konuda şer'î bir delil bulunmamaktadır."[3]

1- *el-Bedâyi',* IV, 180; *el-Mebsût,* XVI, 43; *el-Furûk,* IV, 4; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 148.

2- Hanefîler şöyle demektedir: İcâre, ister uzun ister kısa olsun, belli bir müddet hakkında yapılırsa sahihtir. Çünkü müddet belli olursa, bu akitte menfaat de belli olmuş olur. Ancak vakıflarda uzun süreli icâre caiz değildir. Böylece müstecirin vakfın mülkiyetini iddia etmesi önlenmek istenmiştir (Bu uzun süreli icare ise akarlarda üç seneden fazla, diğerlerinde ise bir seneden fazla olan icâredir). Yetimin arazisinin icaresi de böyledir. *el-Lübâb Şerhu'l-Kitâb,* II, 88; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr,* VII, 150.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 349; *el-Mühezzeb,* I, 396; *el-Muğnî,* V, 401; *Gâyetü'l-Muntehâ,* II, 201.

Hanefîlere göre icâre süresinin başlangıcının tayin edilmesi şart değildir. Şayet akitte sürenin ne zaman başlayacağı tayin edilmemişse aktin akabindeki süre belirlenmiş olur. Bu ise akitten sonra gelecek olan ilk aydır.

Şafiîlere göre akitten sonra sürenin ne zaman başlayacağının açıkça tayin edilmesi şarttır. Çünkü bu tayinin yapılmaması ma'kudunaleyh'in bilinmemesi dolayısıyla gerektirici sürenin bilinmemesi sonucuna götürür. [1]

Şayet icâre ayın başında bir ay, bir kaç ay yahut belli seneler süresi ile yapılacak olursa, ayın hesaplanışında hilâl mutebardir. Eğer ayın içerisinde yapılacak olursa hilâlin esas alınması imkânsız olacağından, bu sefer ay, gün sayısı ile otuz gün olarak kabul edilir; böylelikle günler nazar-ı itibara alınır. Aylarda ve yıllarda da durum böyledir. Şayet yapılan akit ayın başında ise yılın bütün ayları hilâllere göre tespit edilir. Çünkü aslolan bunlardır. Şayet ayın ortalarında ise, Ebu Hanife'ye göre hepsi günlerin sayısı ile tespit edilir. Ebu Yûsuf'tan gelen bir rivayette de böyledir.

Aynı zamanda Muhammed'in ve Şafiîlerin de görüşü olan Ebu Hanife'den gelmiş bir başka rivayet daha vardır: Ayın ortalarında bir yıl süre ile bir ev kiralayacak olursa, ayın geri kalan kısmı gün hesabı ile kalır. Birinci ayın geri kalan süresini de son aydan tamamlar, geri kalanını da seneden tamamlar. Bu da hilâl hesabı ile on bir aydır. Çünkü zorunlu olarak günlerin hesabına başvurulur. Böyle bir zorunluluk ise senenin sadece ilk ayında söz konusudur. Birinci rivayetin izahı şöyledir: Birinci ay gün hesabı ile tamamlandığı takdirde ikinci ay da zorunlu olarak gün hesabı ile başlamış kabul edilir ve bu, senenin sonuna kadar böylece sürüp gider. [2]

Aylar Boyu İcâre:

Şafiîler sürenin bilinmesi şartında işi oldukça sıkı tutarak sahih kabul edilen görüşlerinde şöyle demişlerdir: "Bir kişi, meselâ her ay bir dinara yahut her gün, her hafta, her yıl şu kadara evini icâra verecek olursa, bu icâre batıldır. Çünkü her bir ay başlı başına muayyen bir ücreti gerektirdiğinden yeni bir akde ihtiyacı vardır. Burada ise akit bulunmamaktadır. Aktin olmaması ise batıl olmasını gerektirir. Diğer taraftan icâre süresi de bilinmemektedir. Böyle bir akit: "Ben sana bir süre yahut bir ay icâra veriyorum" demesi gibi olur." [3]

Fakihlerin cumhuru ise şöyle demiştir: "İcâre birinci ay için sahih ve lâzım (bağlayıcı)dır. Onun dışındaki diğer aylarda ise o aya girmedikçe yahut o aydan gün alınmadıkça lâzım olmaz. Çünkü bu işe başlamakla birlikte ondan önce de

---

1- *el-Mühezzeb*, a.y.

2- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 178; *el-Bedâyi'*, IV, 181; *el-Mebsût*, XV, 132; *Tebyînu'l-Hakâik*, V 123; *el-Mühezzeb*, *I, 396;* Reddu'l-Muhtâr, V, 35.

3- *el-Mühezzeb*, I, 396; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 340; *el-Mizân* (Şa'rânî), II, 95.

akitteki ittifak üzere ücretin tespit edilmesi ve bu ücretin verilmesine razı oluş, o konuda akdin başlaması ayarındadır ve bu karşılıklı rızaya delil olan pazarlık ve anlaşma olması hâlinde muatat (karşılıklı alıp verme) satışı gibi olur." (1)

Sanatkârın ve işçinin ücretle tutulması hâlinde yapılacak işin açıklanması da bilgisizliğin ortadan kaldırılması için istenen bir husustur. Çünkü bir takım işlerin yapılması için ücretle tutulma hâlinde yapılacak işin bilinmemesi anlaşmazlığa götürür, bu da akdi bozar. Bir işçi tutup ona yapacağı işin dikiş mi, çobanlık mı, yer kazmak mı ve benzeri bir iş mi olduğunu tayin etmeyecek olursa, akit caiz değildir.

Eğer ücretle tutulan kişi, müşterek ecîr ise ya işaret ve tayin ile yahut cins, tür, miktar ve niteliğin açıklanması ile üzerinde çalışılacak şeyin bildirilmesi kaçınılmazdır. Bir kişi bir kuyu kazmak üzere bir hafriyatçıyı ücretle tutsa, kazı yapılacak yerin, kuyunun derinliğinin, türünün ve eninin açıklanması kaçınılmazdır. Çünkü kazı işi bu durumların farklılığı ile farklılık gösterir.(2)

Sürenin ve İşin Tayin Edilmesi:

Ev ve benzeri şeylerin kiraya verilmesi türünden olan menfaatlerin icârında sürenin tayini, dikiş ve benzeri işleri yapmak üzere ücretle tutmada işin türünün tayin edilmesi kaçınılmaz olduğuna göre, acaba sürenin ve işin bir arada şart koşulması caiz olur mu?

Hanefîlere göre: Menfaatlerin icara verilmesinde yapılacak işin tayini şart değildir. Bir kişi bir ev yahut bir dükkân kiralayacak olsa ve orada ne yapacağını belirtmese bu icâre caizdir. Ayrıca o yerde başkası ile birlikte bizzat kalabileceği gibi, kendisinden başkalarını da icâre yahut ariyet vermek yoluyla orada yerleştirebilir. Oraya eşya ve başka şeyler koyabilir. Ancak binayı zarar verecek ve zayıflatacak şekilde kullanmaz; demirci, boyacı, değirmenci gibi kimseleri (o işleri yapmak üzere) yerleştiremez. Çünkü şartın söz konusu edilmediği mutlak akitler, alışılagelmiş örf ile mukayyettirler.

Bir takım işlerin yapılması için ücretle tutma hususunda meselâ, müşterek çobanın ücretle tutulmasında süre tayin edilmesi şarttır. Çünkü üzerinde akit yapılan şeyin miktarı bu süre tayin edilmeden belli olamaz. Müşterek boyacı ve müşterek terzinin ücretle tutulmasında ise sürenin açıklanması şartı yoktur. Çünkü bu süre açıklanmaksızın üzerinde akit yapılan şey bellidir. Hâs ecîr (işçi)e gelince: Onunla yapılan akitte üzerinde iş yapılacak şeyin cinsinin, türünün miktar ve niteliğinin açıklanması şartı yoktur. Onda sadece sürenin açıklanması şartı aranır. Aynı şekilde süt annenin ücretle tutulması hâlinde sürenin açıklanması şarttır.

1- *el-Bedâyi',* IV, 182; *Tebyînu'l-Hakaîk,* V, 122; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 44; *el-Muğnî,* V, 409; *el Kavânînu'l-Fıkhıyye, 275 vd.*

2- *el-Bedâyi',* IV, 184; *el-Mebsût,* XVI, 47.

Sürenin iş ile bir arada olması hususunda Ebu Hanife ile iki talebesi arasında görüş ayrılığı vardır. [1] Ebu Hanife şöyle der: "Süre tayin edildiği takdirde, işin miktarının tespit edilmesi caiz değildir." Ebu Yûsuf ile Muhammed ise şöyle demiştir: "Bir arada her ikisinin de tayin ve takdir edilmesi caizdir." Buna göre bir kişi ötekine: "Ben seni bu gün, bu elbiseyi dikmen yahut bu gün bu elbiseyi boyaman yahut bu gün bir ölçek unu ekmek olarak pişirmen şartı ile ücretle tutuyorum" diyecek olsa; Ebu Hanife'ye göre böyle bir icâre fasittir, Ebu Yusuf ile Muhammed'e göre ise caizdir.

Bir kişi bir bineği belli günler bir şehire gitmek üzere kiralayacak olursa, Ebu Hanife'ye göre bu, icâre fasittir, Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre caizdir. Ebu Yusuf ile Muhammed'in görüşünün açıklaması şöyledir: Ma'kudunaleyh (üzerinde akit yapılan) iştir. Çünkü maksat odur, yapılacak iş de bellidir. Sürenin söz konusu edilmesinden maksat da, acele ettirmektir, o bakımdan süre üzerinde akit yapılmamaktadır. Dolayısıyla sürenin söz konusu edilmesi akdin caiz oluşuna engel değildir. Şayet icâre, iş üzerinde yapılacak olursa eğer ücretle tutulan kişi, bu işi sürenin bitiminden önce tamamlayacak olursa, ücretin tümünü hak eder. Eğer o günde bitiremeyecek olursa, ertesi günü yapıp tamamlaması gerekir.

Ebu Hanife'nin görüşü de şöyle açıklanır: Üzerinde akit yapılan şey bilinmemektedir. Çünkü akdi yapan kişi iki hususu söz konusu etmiştir. Bunlar birisi iş, birisi süredir. Bunların her birisi de başlıbaşına ma'kûdunaleyh olabilir. Ma'kudunaleyhin bilinmemesi, akdin fasit olmasını gerektirir. Bununla birlikte her birisinin ma'kûdunaleyh olmasının mümkün olması hâlinde, işin ve sürenin bir arada söz konusu edilmesinin mümkün olmadığı bilinmelidir. Çünkü bunların her birisinin hükmü farklıdır. Zira süre üzerine yapılan akit, iş olmaksızın ücretin vacip olmasını gerektirir. Zira ücretle tutulan kişi, özel bir ecîr (işçi) olur. İşin yapılması üzerine yapılan akit ise, ücretin iş ile vücubunu gerektirir. Çünkü bu durumda ecîr, ortak bir ecîr olur. O bakımdan ma'kûdunaleyh onlardan birisi olmalıdır. Bunlardan birisinin de ötekine tercih edilebilmesi söz konusu olamamaktadır; dolayısıyla asıl ma'kûdunaleyh belli olmaz.

Hanbelîlere göre: Şayet icâre bir duvarı örmek, bir gömleği dikmek, muayyen bir yere bir şeyi taşımak üzere yapılacak olursa, eğer ücretle tutulan hayvan gibi ameli tespit edilebilen türden olursa, onun hem süre hem de iş ile birlikte bir arada icâresinin takdiri caiz olur. Çünkü ücretle tutulanın yaptığı belli bir iş vardır ve bu işi ile onun menfaatleri takdir edilir. Eğer ücretle tutulanın ev ve arazi gibi yaptığı bir işi yoksa, onun ancak süre ile ücretle tutulması caiz olur. Ücret takdir edildiği zaman ise, yapılacak işin takdiri caiz olmaz. Çünkü bunların ikisinin bir arada olması icardaki garan (bilinmezlik) artırır. Zira sürenin bitiminden önce iş tamamlanabilir. Eğer geri kalan sürede ücretle tutulan kişi çalıştırılacak olursa.

1- *el-Bedâyi'*, IV, 184 vd.

akdin üzerinde yapıldığı şeyden fazlası yapılmış olur. Şayet geri kalan süre çalışmayacak olursa, sürenin bir kısmında çalışmayı terketmiş olur. Kimi zaman da ücretle tutulan kişi süre içerisinde o işi bitiremeyebilir. Bu süreden sonra o işi tamamlayacak olursa, tespit edilen mnüddetin dışında çalışmış olur. Eğer bu sürenin dışında çalışmayacak olursa, akdin üzerinde gerçekleştiği şeyi de yapmamış olur. Bu ise sakınılması mümkün olabilen bir garardır. (1)

Malikîler ve esah kabul edilen görüşlerinde Şafiîlere göre: Elbise dikmek ve buna benzer işler için icarelerde süreyi ve işi bir arada söz konusu etmek caiz değildir. Buna göre bir kişinin terziye: Meselâ, "bu gün" veya "bir hafta sonra" diyerek dikim süresini tayin etmesi sahih değildir, ettiği takdirde icâre fasit olur. Çünkü bu işin o gün yahut o hafta içerisinde yapılması mümkün olamayacağı muhtemel olduğundan garan gerektirir. İş daha erken de yapılabilir, sonraya da kalabilir. Nitekim bir kişi filan süre olması şartı ile bir kafiz (bir ölçek birimi) buğdayda selem yapacak olursa akit sahih olmaz. Çünkü ağırlığın artması yahut eksilmesi ihtimali vardır. Buna göre maslahat ve akdin garar (aldatma) ihtimalinden uzak tutulmasını, muayyen bir süre ile sınırlandırmaksızın akdin mutlak olarak kalmasını gerektirmektedir.(2)

3- Ma'kûdunaleyhin şer'an ve hakikaten elde edilebilir olması:

Ürküp kaçmış devenin, konuşmak maksadı ile dilsiz kimsenin ücretle tutulması hâlinde olduğu gibi, hakikaten teslimine imkân olmayan yahut ay hâli olan bir kadının mescidi süpürmesi, diş tabibinin sağlam bir dişi çekmesi, büyücünün büyü öğretmesi maksadı ile ücretle tutulması hâlinde olduğu gibi, şer'an teslimine imkân bulunmayan işler için icâre caiz değildir. Bu konuda fakihlerin ittifakı vardır. Ebu Hanife, Züfer ve Hanbelilere göre müşa (başkasının hissesi bulunan mal) ın ortak olmaksızın ücretle tutulması caiz değildir. Meselâ, evinin belli bir hissesini yahut ortak olunan evdeki payını ortaktan ayrı olarak icâra vermesi gibi. Bu payın dörtte bir ve benzeri gibi bilinen olması ile olmaması arasında fark yoktur. Çünkü müşâ olanın menfaati elde edilemez. Zira o menfaatin elde edilebilmesi müşânın teslimi ile mümkündür. Müşâ ise, bizatihi teslim edilememektedir. Çünkü o pay, bir bütünün içerisinde karışık bulunmaktadır. Onun teslim edilebilmesi, ancak başkası ile birlikte olması hâlinde düşünülebilir: Başkası üzerinde de akit yapılmamıştır. Dolayısıyla şer'an o hissenin teslimi düşünülemez. Ortaktan ücretle tutmaya gelince: Bu Ebu Hanife'den gelen meşhur rivayete göre caizdir. Çünkü üzerinde akit yapılan şeyin mühayee (menfaatini taksim etme mesela iki ortağın müşterek arazilerinden nöbetleşe birer sene yararlanmayı kararlaştırması gibi) söz konusu olmaksızın ifası (yerine getirilmesi) mümkün olmaktadır. Zira her bir evin menfaatı meselâ, müstecirin (kiracının) mülkiyeti üzerinde meydana gelmektedir. Fakat bunun farklı iki sebebi vardır:

1- *el-Muğnî,* V, 402; *Gâyetu'l-Müntehâ,* II, 202.
2- *el-Furuk,* IV, 12; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye, 275;* Muğni'l-Muhtâc, II, 340.

Bunun bir kısmı mülkiyet sebebiyle olmaktadır; diğer bir kısmı ise icâre sebebiyle olmaktadır. Daha sonra ortaya çıkan hisseli olması ise, yine Ebu Hanife'den gelen meşhur rivayete göre, icâreye etki etmemektedir. Çünkü akdin caiz oluşunun engeli olan hisseli oluş teslime güç yetirilememesi dolayısıyla söz konusu idi. Teslim edebilme gücü ise, akdin kalması ve devamı için bir şart değildir, zira baştan beri akdin yapılabilmesi için şart koşulan her şey, akdin devamı için şart koşulmaz.[1]

Ebu Yûsuf, Muhammed ve fakihlerin cumhuru ise şöyle demektedir: "Müşâının ortak olsun başkası olsun mutlak olarak caizdir. Çünkü müşâının bir menfaati vardır. Onun teslim edilmesi ise ya tahliye yahut muhayee (menfaatleri taksim etme) ile mümkündür; nitekim satışta da bu caizdir. İcâre ise zaten satışın iki türünden birisidir. [2]

Hanefîlere göre elde edebilme gücünün (istifa) şart koşulmasının sonucunda bir takım meseleler ortaya çıkmaktadır:

a) Bir kişi bir başkasının evinden geçen bir yolu, oradan belli bir süre geçmek üzere kiralayacak olsa, Ebu Hanîfe'ye göre caiz değildir. Ebu Yûsuf ile Muhammed'in görüşüne göre caizdir. Çünkü müşanın icara verilmesi İmama göre fasit Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre ise caizdir.

b) Bir kişi yonca bulunan bir araziyi, meselâ bir sene süre ile kiralayacak olsa, bu icâre caiz olmaz, fasittir. Çünkü arazinin teslimi ancak belli bir zararın gerçekleştirilmesi ile mümkündür. Bu da yoncanın sökülmesidir. Bir kimse ise kendi kendisine zarar vermeye zorlanamaz. Dolayısıyla şer'an böyle bir menfaat gerçekleştirilememektedir; ondan dolayı caiz olmaz. Eğer arazi sahibi yoncayı söküp araziyi ekimsiz olarak teslim edecek olursa, akit caizdir. Çünkü akdin caiz oluşuna engel ortadan kalkmıştır. Meselâ, bir insan birisinin çatısında bulunan bir kütüğü satın alacak olsa, satıcının kendisi onu söküp müşteriye teslim ederse, akit caizdir. Her iki durumda da müşteri bunu kabule mecbur edilir.

c) Bir kişi bir başkasını alım ve satım işini görmek üzere ücretle tutsa, bu icâre caiz olmaz. Çünkü alım ve satım tek bir kişi ile gerçekleşmez. Aksine bu, biri satıcı biri müşteri olmak üzere akti yapan iki kişi ile gerçekleşir. Böyle bir şeyi ise bir kişi tek başına gerçekleştiremez. O bakımdan bu işi bir arada yapmak üzere ücretle tutmak fasittir. Zira ücretle tutulan kişi, menfaati bizzat gerçekleştirmeye kadir değildir. Buna bağlı olarak onu ücretle tutan da ondan istediği menfaati elde edemez. Bu durumda akit bir kimsenin bizzat taşıma gücü olmadığı hâlde, bizzat taşımak üzere belli bir keresteyi taşımak için ücretle tutmasına benzer.

1- *Tekmiletu'l-Feth el-İnâye ile-* VII, 180; *el-Bedâyi',* IV, 187; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 125; *Reddu'l Muhtâr ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 32; *Gâyetu'l-Mühtehâ,* II, 197; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 19.

2- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 225; *el-Mizân,* II, 96; *el-Mühezzeb,* I, 395.

Eğer kiracı (müste'cir) alım ve satım işi için bir süre tayin ederse meselâ, bir ay süre ile kendisi için alım satım işini görmek üzere ücretle tutarsa, akit caizdir. Çünkü icâre akdi, süre menfaati üzere yapılmıştır ve bu da bellidir.

d) Damızlık olarak kullanmak maksadıyla erkek hayvanın ücretle tutulması, eğitilmiş köpeğin, eğitilmiş doğanın avcılık için ücretle tutulması sahih değildir. Çünkü bunların menfaati, ücretle tutan için sağlanabilecek durumda değildir. Zira damızlık hayvanın döllenmeye zorlanmasına imkân olmadığı gibi, köpeğin ve doğanın da avlanmaya mecbur edilmesi mümkün değildir.

Bu, Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlerden oluşan âlimlerin cumhurunun görüşüdür. [1] Çünkü Resulullah (a.s.) damızlık hayvanın ücretini nehyetmiştir. [2] İmam Malik ise icâre eğer belli bir süre için yapılırsa, aktin caiz olduğunu kabul etmiştir. Bunu diğer menfaatler ile birlikte zikredilen süreye benzetmektedir. [3]

4- Üzerinde akit yapılan menfaatin şer'an mübah olması:

Bir kitabı görmek, okumak, ondan nakilde bulunmak maksadıyla ücretle kiralamak, mesken olarak kullanmak maksadıyla bir evi kiralamak, avlanmak maksadıyla ağı kiralamak ve benzeri şeyler...

Bu şarttan fakihlerin ittifakı ile şu fer'î meseleler ortaya çıkar: [4] Bir kimsenin haram oyun, eğlence ve büyünün öğretilmesi, haram şiirin öğretilmesi, haram bid'atlerin istinsahı (kopya edilmesi), şarkıcı ve ağıtçı kadının şarkı söylemesi ve ağıt yakması için ücretle tutulması, masiyet için olur. Masiyet (günâh ve isyan olan bir iş) ise, akitle bir hak olarak kazanılmaz. Şarkıları ve ağıtları yazmak için ücretle tutmak ise, sadece Hanefîlere göre caizdir. Çünkü menedilen şey, bizatihi şarkı ve ağıttır, bunların yazılması değildir. Buna göre fıkhî kaide şudur: "Masiyet üzere ücretle tutmak caiz olmaz." [5]

Aynı şekilde zulmen bir kişiyi öldürmek, hapsetmek, dövmek yahut başkaca her hangi bir haksızlık için ücretle adam tutmak da caiz değildir. Çünkü bu, bir masiyet işlemek için ücretle tutmaktır. Dolayısıyla üzerinde akit yapılan şey şer'an elde edilebilen bir şey olmaz. Şayet fiil haklı bir fiil olursa, bir kişinin başka birisini bir organı kesmek için ücretle tutması hâlinde olduğu gibi, caizdir. Çünkü bu elde

1- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 179; *el-Bedâyi'*, I, 189; *Reddu'l-Muhtâr*, V, 38; *el-Muğnî*, V, 500; *el Mühezzeb*, I, 394; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 335; *Gâyetu'l-Müntehâ*, II, 197.

2- Bu hadisi Buharî, Ebu Dâvud, Tirmizî, Nesei ve Ahmed, İbni Ömer'den rivayet etmişlerdir. aynı şekilde enes, İbni Abbas, Alî ve ebu Hureyre gibi bir çok sahabe tarafından da rivayet edilmiştir. Bazı lafızlarında: *"Resulullah (a.s.) damızlık hayvanın ücretini yasaklamıştır"* denilmektedir. *Nasbu'r-Râye*, IV, 135; *Neylü'l-Evtâr*, V, 146.

3- *Bidâyetü Müctehid*, II, 322; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 275.

4- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 180; *el-Bedâyi*, Iv, 189; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 125; *eş-Şerhu'l-Kebîr* IV, 21; *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 218; *el-Mühezzeb*, I, 394; *el-Muğnî*, V, 502; *el-Kavânînu'l Fıkhıyye*, 275; *Gâyetu'l-Müntehâ*, II, 196; *el-Furûk*, IV, 4.

5- *el-Ferâidi'l-Behiyye fi'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye*, 76.

edilebilir bir şeydir ve yeri bellidir. Kısas için ücretle tutmak ise Ebu Hanife ile Ebu Yûsuf'a göre caiz değildir. Çünkü boynunu vurmak suretiyle öldürmek, bazen boyuna isabet edip meşru olabileceği gibi, boyundan başka bir yere isabet edip yasak bir şey de olabilir. Çünkü o takdirde bu insana *müsle* (işkence ve kesilmemesi gereken azaların kesilmesi) olur. Muhammed'e göre ise akit caizdir. Çünkü kısas boynun kesilmesidir. Boyun da bilinen bir şeydir. Bu bakımdan üzerinde akit yapılan şey elde edilebilir bir şey demek olur. [1]

Aynı şekilde zimmînin İslâmî bir beldede müslüman bir kimseden insanlar bir yeri kilise yapmak üzere ücretle kiralaması yahut şarap satmak veya kumar oynatmak için kiralaması caiz değildir. Çünkü bu kiralama masiyet içindir. İlim adamlarının cumhurunun görüşü budur. Ebu Hanife ise Irak civarında kilise için kiralamayı caiz kabul ederdi. Çünkü onun döneminde Irak civarının halkının çoğunluğu zimmet ehli idi. Bu durum müslümanları her hangi bir şekilde küçük düşürmüyor, hafife alınmalarına sebep teşkil etmiyordu.[2]

5- Yapılacak iş işçi için icâreden önce farz ve vacip olmamalıdır:

Buna göre, eğer icâre akitten önce ücretle tutulan kimse için farz yahut vacip olarak yerine getirilmesi gereken bir şey olursa, icâre sahih olmaz. Çünkü bir kimsenin zâten yapması gereken bir işi yapması hâlinde, o işi yaptığı için ücreti hak etmesi söz konusu değildir. Bu, üzerinde ödemesi gereken bir borcu ödemek gibidir. Buna göre namaz, oruç, hac, imamet, ezan, Kur'ân okutmak gibi itaatler ve Allah'a yaklaştırıcı ameller üzere icâre sahih değildir. Çünkü farz olan bir amel için ücretle tutulmuş olur. Diğer taraftan ezan, kamet, imamet, Kur'ân'ı öğretmek ve ilim için ücretle tutmak, insanları cemaatle namaz kılmaktan Kur'ân'ı öğrenip ilim tahsil etmekten uzaklaşmaya sebep teşkil eder. [3] Osman b. Ebi'l-Âs'ın şöyle dediği rivayet edilmektedir: *"Peygamber (a.s.)'in bana yaptığı son tavsiyesi, ezanı için ücret almayan bir müezzin edinmem oldu."* Tirmizî buna: *"Hasen* bir *hadistir."* demiştir. [4] Bu hususta Hanefîlerle Hanbelîler arasında ittifak vardır. Bu konuda Hanefîlerin kaidelerinden birisi şudur: "Tâat ve ibadet üzere ücretle tutulan kimse ücrete hak kazanmaz. Bir kimseyi üzerinde görev olan bir işi yapmak üzere ücretle tutmak caiz değildir." Bir kişi hanımını evin hizmetini görmek üzere bir ay süre ile ücretli tutacak olsa bu icâre caiz değildir. Çünkü bu, zaten onun üzerinde bir görevdir.

Daha sonra gelen ilim adamları, öğretmenin -kendi döneminde- Kur'ân

1- *el-Bedâyi*, IV, 189.

2- *el-Bedâyi*, Iv, 176; *el-Mebsût, XVI, 38; el-Muğnî*, V, 503.

3- *el-Bedâyi'*, IV, 191; *el-Muğnî*, V, 506 vd.; *el-Mebsût*, XVI, 37; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 124; *Reddü'l-Muhtâr*, V, 38; *Gâyetü'l-Mühteha*, II, 205, 217; *el-Ferâidu'l-Behiyye fi'l-Kavaidi'l-Fıkhıyye*, 75, 284; *el-İfsâh, 226.*

4- Bu hadisi değişik yollardan dört *Sünen* sahibi rivayet etmişlerdir. Kaydedilen ise Tirmizî ve İbni Mâce'nin lafzıdır *Neylu'l-Evtâr*, Iv, 136.

öğretmek karşılığında ecr-i misil almasının caiz olduğu fetvasını vermişlerdir.

İmam Malik ve İmam Şafiî şöyle demektedir: [1] "Kur'ân öğretmek karşılığında ücretle tutmak caizdir. Çünkü bu, belli bir işi yapmak üzere belli bir bedel karşılığında ücretle tutmaktır ve çünkü Resulullah (a.s.) birisini bildiği Kur'ânı Kerim'i öğretmek karşılığında evlendirmiştir". [2]

Bu durumda Kur'ân-ı Kerim'in ivaz (bedel) olarak kabul edilmesi caiz demektir. Resulullah (a.s.) da şöyle buyurmuştur: *"Kendisi için ücret almanızın en hak olduğu şey Allah'ın Kitabıdır."*[3] ve bu sahih bir hadistir. Ayrıca Ebu Said el-Hudrî'nin belli bir ücret karşılığında Fatiha süresi okuyarak bir kişiyi tedavi ettiği ve kişinin iyileştiği sabittir. Arkadaşları bu ücreti almış, onu Resulullah (a.s.)'a götürmüş, durumu ona sormuşlar, o da şöyle buyurmuştur: *"Yemin ederim, kimisi batıl bir söz söyleyerek ücret almıştır; fakat sen hak bir söz okuyarak ücretini almışsın. Onu yiyiniz, sizinle birlikte bana da pay ayırınız."* [4].

Hanefî mezhebinde *el-Kenz* müellifi şöyle demektedir: "Günümüzde fetva, Kur'ân öğretmek için ücretle tutmanın caiz olduğu şeklindedir. Bu, sonra gelen Belh âlimlerinin de görüşüdür." [5]

Malikîler ezan ile birlikte imamet ve mescitte (geceleyin) namaz kılmak için ücret almayı caiz kabul etmişlerdir. Fakat tek başına namaz için ücret almayı caiz kabul etmezler. Bunu da vacip olmayan fiillere kıyasen söylemişlerdir. Nitekim onlar ve Şafiîler, Resulullah (a.s)'ın bir sahabenin başkası adına haccını kabul ile karşıladığından dolayı, hac karşılığında ücret almayı da caiz kabul etmişlerdir. Farz namazlarda imamlık yapmakta ise, Şafiîlere göre icâre caiz değildir. Malikilerce meşhur olan görüşe göre ezandan ayrı sadece namazlar içinde icâre caiz olmaz.[6]

Dil, edebiyat, matematik, yazı, fıkıh, hadis ve benzeri şeylerin öğretimi; mescitlerin, köprülerin, ribatların yapımı için ücretle tutmak ittifakla caizdir.

1- eş-Şerhu'l-Kebîr, Iv, 16; *Bidâyetü'l-Müctehid,* I, 221, *Muğni'l-Muhtâc,* II, 344; *el-Mühezzeb,* I, 298; *el-Mîzân,* II, 95; *el-Kavânînu4l-Fıkhıyye,* 275.

2- Bu hadisi Buharî, Müslim ve Ahmed rivayet etmiştir, lafzı şöyledir: *"Ben seni onunla ezbere bildiğin Kur'ân-ı Kerîm âyetlerine karşılık evlendiriyorum."* Neylü'l-Evtar, VI, 170.

3- Bu hadisi Buharî, *"Kitâbu't-Tıb" bölümünde İbni Abbâs'tan rivayet etmiştir. Bu manada pek çok hadis-i şerif daha rivayet etmektedir. Nasbu'r-Râye,* 139; *Mecmau'z-Zevâid,* IV, 94; *Sübülü's Selâm,* III, 81.

4- Hadisi Ahmed ve Nesaî müstesna, Kütüb-i Sitte musannifleri Ebu Said el-Hudrî'den rivayet etmişlerdir. Hârice b. es-Salt'ın, amcasından naklen böyle bir vakıa rivayet edildiği gibi. Hz. Cabir'den de bir başka vakıa rivayet edilmiştir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 138; *Neylü'l-Evtâr,* V, 289, 291 *Mecmau'z-zevâid,* Iv, 96.

5- *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 124.

6- *Sübülü's-Selâm,* II, 181, 184; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 344; *el-Furûk,* III, 2; *el-Vasît fi Usuli'l-Fıkh,* 17? (birinci baskı).

Çünkü bunlar farz da değildir, vacip de değildir. Kimi zaman bunlar Allah'a yakınlaştırıcı bir amel oldukları gibi, kimi zaman yakınlaştırıcı amel olmazhlar.

Hanefîlere göre ölüyü yıkamak için ücretle tutmak caizdir. Çünkü bu bir vaciptir. Kabirlerin kazılması, cenazelerin taşınması için de ücret caizdir. Şafiîler bir ölünün techiz ve defni için icareyi caiz kabul ederler. Techiz ise, gusül ve kefenlemeyi de kapsar. Çünkü bu gibi şeyler farz-ı kifayedir. Vacibin belli bir kimse tarafından yapılmasının teayyün etmesinin de zararı yoktur. Zaruret içerisinde bulunanın durumuna benzer. Zaruret içerisinde bulunan kişiye teayyün etmesi hâlinde yiyeceğinden yedirir ve bedelini de ödetir.

Kocanın hanımını, ondan doğmuş çocuğunu emzirmek için ücretle tutması caiz değildir. Çünkü bu kendi çocuğuna hizmet etmek karşılığında bir ücret tutma olur. Süt ise bunun kapsamına dolaylı olarak girer. O bakımdan kadın için kendisi ile Allah arasında vacip olan bir işi yapmak üzere ücretle tutulmuş olur. [1]

6- Ecîrin (ücretle tutulan kimsenin) yaptığı işten faydalanmaması gerekir:

Şayet ondan faydalanıyor ise caiz olmaz. [2] O bakımdan itaat olan işler için icâre sahih değildir. Çünkü bunları yapan bir kimse kendisi için amel etmektedir. Nitekim bir kişinin bir başkasını, bir kafiz miktarı buğdayı ondan çıkacak bir miktar un mukabilinde yahut yağından belli bir miktarını almak karşılığında susam sıkması için ücretle tutması sahih olmaz. Çünkü bu durumda ücretle tutulan kişi, öğütme ve sıkma şeklindeki işinden bizzat faydalanmaktadır. Bu durumda o kendi kendisi için çalışmış olur. Resulullah (a.s.)'ın değirmencinin kafizini nehyettiği rivayet edilmiştir. [3] Bu ise bir adamın değirmenciye belli ölçeklerdeki buğdayı, o buğdaydan alacağı bir ölçek un karşılığında öğütmek üzere vermesidir. Aynı zamanda bu Şafiîlerin de görüşüdür. [4] Şafiîler bu hadisteki nehiy ile amel ederek

---

1- *el-Bedâyi*, IV, 192.

2- Şafiîler şöyle demektedir: Belli bir süre yahut belli bir miktar mezar başında okunmak üzere Kur'ân-ı Kerim için icare caizdir. Bundan kasıt ise, Kur'ân'ın okunduğu yerde rahmetin nüzulünden istifade etmektir. Ölü kişi de orda hazır bulunan biri gibi olur. Kur'ân'ın akabinde ister dua okunsun, ister kıraatin ecri ona tahsis edilsin veya edilmesin farketmez. Her halükârda bu hususta okunan Kur'ân'ın faydası ölüye avdet eder. Çünkü dua da ölüye ulaşır. Kur'ân-ı kerim ise duadan sonra icabete en yakın olandır; bereketi de en fazla olandır. İmam Şafiî'nin: "Böyle bir bereket hasıl olmaz" şeklindeki sözü ise, başka şekilde yorumlanmalıdır. *Muğni'l-Muhtâc*, II, 341.

3- Bu hadisi Darekutnî, Ebu Saîd el-Hudrî'den şu şekilde rivayet etmektedir: *"Resulullah (a.s.) damızlık hayvanın kiralanmasını nehyetmiştir. Aynı şekilde değirmencinin kafizini de nehyetmiştir."* Bazı kimseler "değirmencinin kafizi" tabirini, öğütülmüş hâliyle buğdayın bir kısmı karşılığında öğütmek şeklinde yorumlamışlardır. Çünkü ücret miktarının öğütülmesine kazanılan hak kadar her birinin ötekinden alacağı olur ki, bu da çelişkilidir *Neylü'l-Evtâr*, V, 292; *et-Telhîsu'l-Habîr*, 255.

4- *el-Bedâyi'*, a.y.; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 335; *el-Feraidü'l-Behiyye fi'l-Kavaidi'l-Fıkhıyye*, 78.

görüş belirtmişlerdir. Diğer taraftan bu işte icârenin şartlarından birisi nakzedilmektedir ki, bu da akit esnasında ücretin teslim edilebilir olmasıdır.

Bu hususta Hanefîlerce kabul edilen kaide şöyledir: "Ücretlinin çalıştığı şeyden ücretin tayini, akdi ifsat eder."

Hanbelîlerle Mâlikîlere göre; eğer ölçek belli ise, bu caiz olur. Hadisin ise onlara göre sahihliği sabit değildir. [1]

Köylerde çiftçilerin ekini döven yahut taşıyan kimselere buğdayın bir kısmını vermeleri şeklindeki teamülleri de bu türdendir. Hanbelîler bunu caiz kabul etmişlerdir.

7- Menfaatin icâre akdi ile elde edilmesi, mutat olan ve maksat olarak gözetilen bir şey olması ve insanlar arasında bununla teamülün olagelmesi: Üzerinde elbiseleri kurutmak, [2] gölgesinden faydalanmak için ağaçların kiralanması caiz olmaz. Çünkü bu ağaçtan maksat olarak gözetilen bir menfaat değildir. [3]

Üzerinde akit yapılan mahallin şartı:

Taşınabilir (menkul) olması hâlinde kabzedilmiş olması gerekir. Eğer kabzedilmemiş ise onun icareye verilmesi sahih değildir. Çünkü Peygamber (a.s.) kabzedilmedik şeyin satışını nehyetmiştir. [4] İcâre ise bir tür satış olduğundan

1- *el-Muğnî*, V, 449; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, Iv, 6; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 274.

2- Malikî mezhebinden el-Karâfî, *el-Furuk'ta* (IV, 3-4) icarenin caiz olduğu menfaatler hakkında sekiz şartın bulunduğunu kaydetmektedir. Bunlar şunlardır:

1- Mübahlık: Böylelikle şarkıcılık, eğlence âletleri ve benzeri hususlar dışarıda bırakılmaktadır.

2- Menfaatin karşılıklı ivazı kabul edebilmesi. Böylelikle nikâh dışta bırakılmış olmaktadır.

3- Menfaatin mütekaddim olması. Böylelikle karşılığında ivaz verilmeyen basit ve önemsiz şey kapsamın dışında bırakılmış olmaktadır. Elbiselerin kurutulması maksadıyla ağaçların kiralanması hususunda görüş ayrılığı vardır. İbnü'l-Kasım bunu kabul etmemektedir.

4- Mülkiyet altında olması. Böylelikle mesken olarak kullanılmak maksadı ile vakfedilmiş okul lojmanları kapsamın dışında bırakılmış olmaktadır.

5- Bir ayn'ın istifası gibi bir mana ihtiva etmemesi. Bu şekilde ağaçların meyveleri için, koyunun yavrulaması için icâre edilmesi kapsamın dışında bırakılmış olmaktadır. Bundan istisna, çocuğun beslenmesinde zaruret olması dolayısıyla sütü için sütannenin icaresidir.

6- Teslim edilebilir olması. Böylelikle dilsizin (konuşmak için) ücretle tutulması kapsamın dışında bırakılmaktadır.

7- Menfaatin kiracı için hasıl olması. Böylelikle onu oruç vb. ibadetler için isticar kapsamın dışında bırakılmaktadır.

8- Malum olması. Bununla bir kimsenin onunla ne yapacağını bilmediği bir âleti kiralayanın durumunda olduğu gibi, belli olmayan menfaatler kapsamın dışında bırakılmış olmaktadır.

3- *el-Bedâyi*, a.y.

4- Bu konuda bir çok hadis-i şerif vardır. Bunlardan bazısını İmam Ahmed ve Müslim, Cabir (r.a.)'den şöylece rivayet etmektedirler: *"Resulullah (a.s.) şöyle buyurdu: "Bir yenecek şey satacak olursan,*

dolayı nehiy onu da kapsar. [1]

Şayet kiralanan şey bir akar ise, fasit satış bahsinde açıkladığımız şekildeki görüş ayrılıkları söz konusudur.

Ücrette aranan şartlar: [2]

1- Ücretin kıymet taşıyan ve belli bir mal olması gerekir:

Bu konuda ilim adamlarının ittifakı vardır. Bu şartın ihtirazî kayıtları satış akdinde görüldüğü gibi bellidir. Ücretin bilinmesinin şart koşulmasındaki asıl sebep, Peygamber (a.s.)'in: *"Her kim bir ücretli tutarsa ona alacağı ücreti bildirsin."* hadis-i şerifidir. Ücretin bilinmesi ise ancak işaret ve tayin ile yahut açıklama ile gerçekleşir. [3]

Ebu Hanife'ye göre taşımayı ve masrafı gerektiren hususlarda ücretin ödenme yerinin de bilinmesi kaçınılmazdır. Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre ise bu şart değildir ve akdin yapıldığı yer ödeme yeri olarak belirlenmiş olur. [4] Ücretin bilinmesi şartından ortaya çıkan fer'î meselelerden bir kısmı şöyledir: Bir kimse bir başkasını belli bir ücret ve yemeği karşılığında tutacak olsa yahut bir bineği belli ücreti ve yemi karşılığında kiralasa, bu icâre caiz değildir. Çünkü yiyecek yahut yem ücret olur. Bunun da miktarı belli değildir. Buna bağlı olarak ücret de bilinmemiş olur.

Malikîler, hizmet görmek için işçi, binek ve benzeri şeyleri yiyecek, giyecek ve buna benzer şeyler karşılığında ücretle tutmayı -insanlar arasında bir örf hâlini aldığından dolayı- caiz kabul etmişlerdir. [5]

Ücretle Sütanne Tutmak:

Bir kişi yiyeceği ve giyeceği karşılığında bir sütanneyi ücretle tutacak olsa, kıyasa göre bu icâre caiz değildir. Bu, Ebu Yûsuf ile Muhammed'in de görüşüdür. Çünkü burada ücret olarak tespit edilen yiyecek ve giyecek bilinmemektedir. Ancak Ebu Hanife nas ile bunun caiz olduğunu istihsan ile kabul etmiştir. Söz konusu nas ise, Yüce Allah'ın: *"Çocuklarınızı süt anneye emzirtmek isterseniz, maruf ile verdiğinizi teslim etmek şartıyla üzerinize bir vebal yoktur."* (Bakara, 233) buyruğudur. Şanı yüce Allah, süt emzirme hususunda vebali mutlak olarak

---

onu sen tamamıyla eline geçirmedikçe satma!" Neylu'l-Evtâr, V, 157. Bazı rivayetlerinden de daha önceden söz edilmişti. Bunların bir kısmını da İbni Mâce dışında *Kütüb-i Sitte* musannifleri rivayet etmişlerdir. İbni Abbas'tan gelen lafız şöyledir: *"Her kim yenecek bir şey satacak olursa, kabzetmedikçe onu satmasın." Câmiü'l-Usûl,* I, 383 vd.

1- *el-Bedâyi,* IV, 193.

2- *el-Bedâyi,* IV, 193-194,

3- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 148, 187; *el-Bedâyi,* IV, 193; *el-Muğnî,* V, 404.

4- *el-Mebsût,* XV, 113.

5- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 274.

kaldırmış bulunmaktadır. Ücretin böyle bir durumda bilinmemesi ise anlaşmazlığa götürmez. Çünkü âdeten sütannelere müsamaha ile muamele edilir ve çocuklara şefkat dolayısıyla onlara genişlik sağlanır. O bakımdan bu, bir yığından alınan ölçeğin bilinmemesi durumuna benzer. (1) Aynı zamanda bu Mâlikî, Şafiî ve Hanbelîlerin de görüşüdür. (2)

Ücretin Üzerinde Akit Yapılan Şeyden Bir Cüz Olması:

Cumhur şöyle demiştir: Eğer kasap hayvanın derisi karşılığında, değirmenci kepek karşılığında yahut bir ölçek buğday karşılığında ücretle tutulursa bu icâre fasittir. Çünkü derinin sağlam çıkıp çıkmayacağı belli değildir; ince midir, kalın mıdır bilinmemektedir. Ayrıca miktarı da bilinmemektedir. Bazan meselâ buğday taneleri kurtlanmış olabilir, o takdirde ivaz (bedel) belli olmadığından dolayı, icâre de sahih olmaz. (3) Diğer taraftan Peygamber (a.s.) de damızlık hayvanın ücreti ile değirmencinin aldığı unu nehyetmiştir. (4) Malikîler ise bunu caiz kabul ederler. (5) Çünkü bu durumda kişi değirmenciyi miktarı belli yenecek şeyin bir kısmı karşılığında ücretle tutmuştur. Değirmencinin ücreti de alınacak olan o kısımdır ve bu da bilinmektedir. Hadise karşılık ise, o kafizin miktarının belli olmadığı durumlar içindir, diyerek cevap vermişlerdir.

Huluv (Boşaltma) Karşılığı Ücret Almak:

Günümüzde 'boşaltma yahut ayak yahut el çekmesi" (Türkiye'de hava parası) diye adlandırılan şeyler karşılığında bir ücret alınmasının kanaatimize göre şer'an bir mahzuru yoktur. Ücret ile kiraya veren malikin kiracıdan huluv yahut fürûğ (boşaltma) karşılığında belli bir miktar mal alma hakkı vardır ve alınan bu miktar akitte şart koşulan ücretten peşinen ödenen bir kısım olarak kabul edilir. Daha sonra aylık yahut yıllık ödenecek olan miktar ise, peşin olarak ödenen kısma göre ödemesi vadeli olan asıl ücreti tamamlayıcı bir cüz sayılır.

Kiracının, kiraladığı akarın kendisine ait menfaatinden kendisinin yerine geçecek bir başka kişi adına feragat etmesi karşılığında aldıkları da caizdir. Şafiîler satış akdi sigasına dair açıklamalarında buna yakın bir ifade kullanarak şöyle demektedirler: "Elin kendisine ait menfaatten nakledilmesinde -yani araziyi gübrelemek için necasetlerden yararlanma hakkından feragat edilmesi hâlindesiganın şart koşulması meselâ: "Ben bu hususlan elimi çekiyorum" demesinin şart koşulması, uzak görülmediği gibi; elin çekilmesi karşılığında ivazın alınmasının

1- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 185; *el-Bedâyi*, IV, 193 vd.; *el-Mebsût*, XV, 119; *Tebyînu'l-Hakâik* V, 127.
2- *eş-Şerhu'l-Kebîr ile Desûkî Haşiyesi*, IV, 13; *el-Furûk*, IV, 4; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 335; *Gâyetu'l Müntehâ*, II, 192; *el-Muğnî*, V, 450, 453.
3- *el-Muğnî*, V, 405.
4- Hadisi Darekutnî Ebu Saîd'den rivayet etmiştir. *Neylu'l-Evtâr*, V, 292.
5- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 222 vd.

caiz oluşu da uzak değildir. Vazifelerden feragatte olduğu gibi." [1] Ancak bütün bunlar şer'an üzerinde ittifak edilen akit süresi çerçevesinde olmakla ve kiracının başkası adına bir bedel karşılığı vazgeçmesi malikin rızası ile mukayyettir. Hanefî mezhebinin kabul ettiği esasa göre, şuf'a hakkı gibi mücerret haklar karşılığında bedel almak caiz değildir. Aynı şekilde hakkın satışı da caiz değildir. Ancak bir çok Hanefî âlimi mal karşılığında İmamet, hatiplik, müezzinlik vb. vazifelerden feragatin caiz olduğu fetvasını vermişlerdir. Bu fetvanın mesnedi ise zaruret, insanların bunu örf hâline getirmesi ve hanımın kendi gününü kumasına terketmesine kıyasla verilmiştir. Çünkü bunların her birisi bir hakkın düşürühlmesidir. Ayrıca vakıflar üzerinde nâzırlık yapan vakıf mütevellisi hâkimin huzurunda kendi kendisini azledebilir. Nâzırlık ve başka türlü vazifelerden başkası adına feragat da azlin türlerindendir. Bir bedel karşılığı feragatta bulunmak örfte görülegelmiş bir husustur.[2]

Diğer taraftan Malikî âlimlerinden müteahhir olanlarına ait "Tunuslularca halevât ve inzâlât [3] hakkında bir takım takrir ve fetvâlar" başlığı altındaki bir risalede Malikî mezhebinin Tunus müftülüğünü yapan İbrahim er-Reyâhî (vefatı H. 1266) ile Tunuslu Şeyh IV. Muhammed Bayram, Tunus Malikî mezhebi Müftüsü Şeyh Şazelî b. Sâlih Bâs, Tunus Kadısı Şeyh Muhammed es-Sunusî, örf ve âdet ile amel ederek halevât karşılığında ivaz almanın caiz olduğunu kabul etmektedirler. Çünkü kiracı menfaate maliktir. O icâre gibi ivaz karşılığında ondan feragat edebileceği gibi, ödünç gibi karşılıksız olarak da ondan feragat edebilir. [4] el-Benânî, el-Berzelî'den görevden feragatın caiz oluşunu gerektirecek şeyler nakletmektedir. Ayrıca Faslıların huluv satışının caiz oluşuna dair fetvalarını da nakletmektedir. Şeyh Muhammed Bayram şöyle der: "Huluv müğârese (ağaç dikme)ye ne kadar da benzemektedir! Ancak huluv (boşaltma) ile, menfaat ile ilgili olduğundan malın mülkiyeti gerçekleşmemektedir."

1- *Haşiyetü'l-Buceyremî ale'ş-Şerhi'l-Hatib, el-iknâ' fî Halli Elfâzi Ebû Şucâ', -el-Bâbî* el-Halebî Baskısı-, III, 3.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr* IV, 15. Dikkat edilirse müellif burada huluv (boşaltma) karşılığının caiz oluşuna dair görüşünü, bunun mal sahibinin rızâsı bulunması ve kira akti süresi içinde olması şartıyla kayıtlamıştır. Fakat süre bittikten sonra (hava parası) adıyla çıkan kiracının yeni kiracıdan bir miktar ücret almasının şer'an caiz olmadığı gerek müellif ve gerekse başka zevat tarafından açıklanmış bulunmaktadır. Konuyla ilgili ilmî bahisler ve İslam Fıklı Meclisinin fetvası için bakınız: İslam Konferansı Teşkilatınca yayımlanan (Mecelletu Mecmai'l-Fıkhi'l-İslâmî) Dergisi, IV. devre, IV. aded, III. cüz, Cidde, 1408 h. 1988 m.) Yayınevi.

3- *Halevât, inzalat* ve *celse*, aynı anlamda kullanılır. Bu ise asıl malın malikine parayı ödeyen kimse menfaate malik olup; malın kendisi üzerinde de malikin mülkiyeti devam eder. Eğer aslolan mal bir arazi olursa, bu menfaat hakkında bazı kimselerin tabirinde "el-inzâl" terimi kullanılır. Eğer dükkân yahut ev olur ise, Faslıların dışında kalanlar bunun hakkında "el-huluv" tabirini kullanırlar. Faslılar ise dükkanlar hakkında "el-celse" terimini kullanırlar.

4- *el-Furûk*, I, 187.

2- Ücretin ma'kûdunaleyhin cinsinden olan bir menfaat olmaması:

İkâmet etmenin ikâmet etme karşılığında, hizmetin hizmet karşılığında, binmenin binme karşılığında, ziraatin ziraat karşılığında olması gibi. Böyle bir şart Hanefîlere göre faiz kaidesinin başka bir şeklidir. Onlar sadece cinsin birliğini nesie faizinde akdin haram kılınışı için muteber kabul etmektedirler. Nitekim faiz bahsinde bunu görmüş bulunuyoruz. Bu kaidenin icarede uygulanışı şöyledir: Onlara göre bu akit, menfaatin meydana çıkmasına göre peyderpey gerçekleşmektedir. O bakımdan akit esnasında menfaat mevcut değildir. Akdin taraflarından her hangi birisinin kabzı daha sonraya kaldığından nesie faizi de tahakkuk etmektedir. [1] Tek başına cinsin, Şafiîlere göre faiz sebebiyle akdi haram kılmadığını görmüş bulunuyoruz. Buna göre Şafiîlerce böyle bir akit caizdir ve onlara göre böyle bir şartın koşulması söz konusu değildir.

Aktin rüknü ile alâkalı şart:

Buna göre aktin, aktin gerektirmediği ve akde uygun olmayan her hangi bir şarttan uzak olması gerekir. Eğer ev sahibi olan bir kimse bizzat kendisi orada bir ay kalmak, sonra da orayı kiracıya teslim etmek yahut bir araziyi orayı ekmek sonra da kiracıya teslim etmek yahut bir bineğe bir ay binmek sonra da müstecire teslim etmek vb. şartlar ile icâra verecek olursa, bu icâre akdi fasittir. Çünkü ileri sürülen bu şart ne akdin gereğidir, ne de akde uygundur. Zira bunda akit taraflarından her hangi birisi için akitte şart koşulmuş, karşılığında bir bedel bulunmayan fazladan bir menfaat bulunmaktadır. O takdirde bu ya ribâ olur yahut onda ribâ şüphesi bulunur. Bu ise akdi ifsat edicidir. [2]

İcârenin lüzum (bağlayıcılık) şartları:

İcâre akdinin lâzım (bağlayıcı) olarak kalabilmesi için iki şart aranır:

1- İcâr edilen ayn'ın ondan yararlanmayı ihlâl edecek bir ayb'dan uzak olması:

Buna göre; eğer ondan yararlanmayı ihlâl edecek bir ayb (kusur) meydana gelecek olursa [3] kiracı icareyi sürdürmek ile ücretin tümünü ödemek yahut onu feshetmek arasında serbest bırakılır. İcara alınan binekte bir kısmının yıkılması buna örnektir. [4] Çünkü üzerinde akit yapılan şey olan menfaatler, peyderpey

1- *el-Bedâyi',* IV, 194.

2- *el-Bedâyi',* IV, 194 vd.

3- Menfaatlenmeyi ihlâl eden kusur; kiraya verilen şeyden maksat olarak gözetilen menfaatin tamamıyla müstecir aleyhine ortadan kalkmasıdır: Evin yıkılışı gibi. Yahut bu menfaatin sahih bir şekilde gerçekleşmesine imkân vermeyen bir kusurdur: Evin damının çökmesi gibi. *Bk. Mecelle, mad. 514.*

4- Bu bazı Hanefîlerin görüşüdür. *ed-Dürrü'l-Muhtar* sahibi de bunu kabul etmiştir. Fakat İbni Şıhne şunu söylemektedir: Zahir rivayet, evin bir odasının yıkılması yahut bir duvarın yıkılması ile ücretin sakıt olmayacağı şeklindedir.

ortaya çıkar. İcara alınan şey bir kusur meydana gelecek olursa bu kabzdan önce kusur demek olur. Bu da satış akdinde olduğu gibi muhayyer olmayı gerektirir.(1)

Ev tümüyle yıkılsa yahut değirmenin suyu kesilse yahut arazinin şirb hakkı (ekin ve hayvan sulamak için sudan yararlanma nöbeti) kesilecek olsa, icâre akdi fesholur. Çünkü üzerinde icâre yapılan şey (ma'kûdunaleyh), telef olmuştur. Telef olmak ise, akdin feshedilmesini gerektirir. Ancak Hanefîlerce esah olan görüşe göre akit fesholmaz; feshetme hakkı sabit olur. Çünkü ma'kûdunaleyh geri dönüşü düşünülebilecek bir şekilde elden çıkmıştır. O bakımdan bir kimsenin bir şey satın alıp kabzdan önce kaçması gibi olur. Onun genel olarak bu şekilde kiralanan bir evde, meselâ oraya çadır kurmak suretiyle faydalanması mümkündür.

Şayet müstecir (kiracı) icâre akdini feshetmeden önce kusur ortadan kalkacak olursa meselâ, hasta hayvan iyileşir, bineğin topallığı geçer, icâra veren kişi evin yıkılan kısmını yeniden yaparsa, müste'cirin fesih muhayyerliği batıl olur. Çünkü muhayyer olmasını gerektiren şey ortadan kalkmıştır, akit de devam etmektedir. Dolayısıyla muhayyerlik de ortadan kalkar.

Eğer kusur yararlanmaya zarar veren türden ise, müstecir için fesih hakkı sabit olur. Çünkü böyle bir durumda eksiklik ma'kûdunaleyhe döner. Şayet kusur müstecirin faydalanmasına zarar vermeyen türden ise -evin mesken olarak kullanılışında kendisinden yararlanılmayan çevre duvarının yıkılması gibi- fesih hakkı sabit olmaz.

Fesih esnasında icâra veren kişi mevcut ise, müstecir feshi yapar. Şayet gaib ise ve icâr edilen şeyde feshi gerektirecek bir durum ortaya çıkarsa müstecirin fesih yetkisi yoktur. Çünkü aktin feshedilmesi ancak akdi yapan tarafların hazır bulunması ile yahut onların yerini tutan kimselerin huzurunda caiz olabilir.

Evin çökmesi yahut yıkılması hâlinde ise müstecir -icara veren kişi hazır olsun ya da olmasın- ordan çıkma hakkına sahiptir. Bu da fesholmanın delilidir.

Akitte toplu olarak gerçekleştikten sonra, menfaatlerde aktin ayrılığı ortaya çıkacak olursa, yine müstecir için fesih hakkı sabit olur. Çünkü akit, üzerinde akit yapılan şeyler olan menfaatlerde ayrılıp dağılmıştır. Akitteki ayrılık (safkanın dağılması) muhayyerliği gerektirir. Buna örnek: Bir kişi bir tek akitte iki ev kiralayacak olsa, bu iki evden birisi çökse yahut müstecirin (kiracı) onların birisinden yararlanmasını engelleyen bir durum ortaya çıksa yahut bir kimse bir ev kiraladıktan sonra, mücecir (kiralayan) o evin bir odasını teslim etmek istemese, bu durumda müstecir kendi aleyhine akdin bölünmesi dolayısıyla akdi feshetmek hakkına sahiptir. (2)

1- *el-Bedâyi'*, IV, 195; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 220; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 143.
2- *el-Bedâyi'*, IV, 196 vd.

2- İcâreyi feshi caiz kılan bir özrün meydana gelmemesi.

Akdin taraflarından her hangi birisinin yahut ücretle tutulan şeyde akdi yapan lehine akdi feshetme hakkını kazandıran bir özürün meydana gelmesi hâlinde olduğu gibi.

İcareyi Fesh Özürleri:

Hanefîlere göre özür sebebiyle icâre feshedilebilir. Çünkü özür esnasında feshedilmesi bir ihtiyaçtır. Zira özrün gerçekleşmesi hâlinde akit lâzım olacak olursa, özür sahibinin akit ile kabul etmediği bir zararı çekmesi gerekecektir. Özür ise akdi yapan tarafın aktin kalması hâlinde zararını çekebileceği ve fesholmadıkça önlenemeyen bir arızî durumun ortaya çıkması demektir. İbni Âbidîn şöyle der: "Kendisi ile birlikte ma'kûdunaleyhin gerçekleştirilmesi, ancak kendi nefsinde yahut malında gerçekleşebilecek bir zarar ile mümkün olabilen her özür sebebiyle akdi yapan taraf için fesih hakkı fasit olur. [1]

Ulemanın cumhuru şöyle demiştir: İcâre satış gibi lâzım (bağlayıcı) bir akittir. Bir kusurun var olması yahut menfaatin elde edilebileceği yerin ortadan kalkması gibi gerektirici bir husus olmadıkça akdin her hangi bir tarafı onu feshedemez. Şafiîlerin bu konuda kullandıkları ifade şöyledir: İcâre şu gibi özürler dolayısıyla fesholmaz: Kiralayan kimsenin hamamı, külhanını tutuşturacak yakıt bulamaması, bir ev kiralayan bir müstecirin yolculuğa çıkması, üzerinde yolculuğa gitmek maksadı ile bir binek kiralayanın hastalanması gibi. Çünkü üzerinde akit yapılan şeyde bir halel bulunmamaktadır ve bunların ikisinde de yerlerini tutacak başkalarının temini mümkündür. İcârenin feshi ancak ma'kûdunaleyhin (üzerinde akit yapılan şeyin) ortadan kalkması ile mümkün olur. Bu da menfaattir; evin yıkılması, muayyen hayvan ve işçinin ölümü gibi.

Fesih ise geçen dönem hakkında değil, gelecek yahut icâr edilen şeyde kusurun var olması hâlinde söz konusu olur. Hayvanın serkeşliği yahut kaçması veya ısırıcı olması yahut yürüyüşünde bineğin tökezlemesi, topallaması, görme zayıflığı, cüzzam yahut baras gibi kusurlardır. [2]

Hanefîler feshi gerektirici özürleri üç türe ayırırlar: [3]

1- Müstecir (kiracı) tarafından özür:

Müstecirin iflas etmesi, zenaatını değiştirip ziratçılık yapması yahut ziraatçılığı bırakıp ticarete başlaması yahut bir meslekten bir başka mesleğe

1- *Reddü'l-Muhtar,* V, 55.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 355 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 405; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 227; *el-Muğnî,* V, 41; *Gâyetu'l-Müntehâ,* II, 209.

3- *el-Bedâyi',* Iv, 197.; *el-Fetâve'l-Hindiyye,* IV, 198 vd., 458, 459, 463; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VI 222 vd.; *Muhtasaru't-Tahâvî,* 133; *el-Mebsût,* XVI, 12; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 145 vd.; *Reddu'l Muhtâr,* V, 54 vd.

geçmesi gibi. Çünkü iflâs eden yahut iş değiştiren bir kimsenin kiraladığı şeyden yararlanabilmesi ancak bir zarar ile mümkündür. Meselâ, ilk mesleğinde kalması için onu mecbur tutmak mümkün değildir. Yolculuk, yani müstecirin o beldeden başka birisine geçmesi de buna benzerdir. Çünkü bu intikal ile birlikte aktin kalıcılığında ona bir zarar olmaktadır.

Buna göre eğer müstecir kiraladığı o şeyden ancak mülkünde yahut bedelinde kendisine gelebilecek bir zarar ile faydalanabiliyor ise, o icareyi feshetme hakkına sahiptir. Meselâ, bir kişiyi elbiseyi temizleyip ütülemek, yahut dikmek üzere ücretle tutsa yahut evini kiralasa yahut ağaç kesmesi veya araziyi ekmesi için tutsa veya mülkünde bina veya kazı yapmak için tutsa yahut hacamat yapması, kan aldırması veya dişini çekmek üzere ve buna benzer bir iş için ücretle tutsa, sonra bu işi yapmamayı uygun görse, icareyi feshetme hakkına sahiptir. Sözü geçen bu hususlardan her hangi birisini yapmak için de mecbur edilmez. Çünkü ücretle tutmak isteyen kişi, bu işte kendisinin bir menfaatinin olmadığını anlamıştır. Bu durumda fiil bizatihi bir zarar olmaktadır.

2- Müeccir (kiraya veren) tarafından özür:

Oldukça ağır bir borcun altına girmesi ve bu borcunu ödeyebilmesi için ancak kiraya verdiği o şeyi satması ve onun semeninden borcunu ödeyebilecek durumda olması buna misaldir. Bu hüküm, borcun icareden önce delil ile yahut ikrar ile sabit olması yahut icâre akdinin (daha sonra yapıldığının) delil ile sabit olması hâlinde söz konusudur. Ebu Hanife'ye göre ikrar ile de durum böyledir. Çünkü zahiren insan yalan yere kendi aleyhine borç ikrarında bulunamaz. Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre ise icareden sonra borcun ikrar ile sübutu kabul edilemez. Çünkü böyle bir ikrarda o, itham altındadır.

Bu özrün diğer örneği: Müeccir (kiraya veren) bir şey satın alır, sonra onu kiralar, daha sonra onda bir kusurun olduğunu farkederse, bu durumda icareyi feshedip kusur sebebiyle onu geri verme hakkına sahiptir.

Yolculuk yahut bir beldeden başkasına taşınma, bir akar üzerindeki icâre akdinin feshedilmesini müeccir (kiraya veren) için mübah kılan bir özür sayılmaz. Çünkü onun mevcut olmaması hâlinde de akarın menfaatinin elde edilmesinde bir zararı yoktur.

Hamalın yahut deve kiralayan kimsenin, taşımanın kendisine zarar verecek şekilde hastalanması, Ebu Yûsuf'un görüşüne göre bir özürdür. Çünkü hamaldan yahut deveyi kiraya verenden başka binek yahut deveye onların yerine nezaret edecek kimsenin bulunması ancak bir zarar ile mümkün olur. Akit ile de zarara lâyık olunmaz.

İmam Muhammed ise *el-Asl*'da devesi üzerinde yük taşıyanın hastalığını özür olarak kabul etmemektedir. Çünkü bu şekilde deve kiralayan kimsenin develeriyle

bizzat çıkması akit ile kazanılan bir hak değildir. Develeriyle başkasını gönderme hakkı vardır.

3- İcâr ile tutulan ayn'a yahut eşyaya ait olan özür:

Ayn (malın bizat kendisi)ne misal: Bir kişi belli bir süre kullanmak üzere bir şehirde bir hamam kiralayacak olsa sonra o belde halkı oradan göç etse, müstecirin kiralayana ücreti ödemesi icap etmez.

İkincisine de, ücretle tutulan kölenin azad edilmesini misal vermişlerdir. Meselâ, bir kimse kölesini bir sene süre ile ücretle çalıştırılmak üzere verse, bu icardan altı ay sonra onu azad etse, bu durumda köle icârı sürdürmek ile feshetmek arasında muhayyerdir.

Şafiîler ise şöyle demektedir: Esah olan görüş icarenin fesholmamasıdır. Çünkü azad edilmek bizzat kişi hakkında söz konusudur. Menfaatler ise azad etmek vaktinde efendiye ait olmaz. O bakımdan bu azad, kişinin kendisi üzerinde geçerli, fakat menfaat hakkında söz konusu değildir. Esah olan şudur: Azad edildikten sonra kölenin icârı feshetme muhayyerliği yoktur. Çünkü onun efendisi mutlak olarak mülkiyeti altında olan bir şeyde tasarruf etmiştir. O bakımdan bu tasarruf bozulamaz. Azhar olan görüşe göre de azad edildikten sonra efendisine başvurup azad sonrasının ücretini alamaz. [1]

4. İcâre Akdinin Niteliği ve Hükmü

Niteliği: İcâre Hanefîlere göre lâzım (bağlayıcı) bir akittir. Ancak görmüş olduğumuz gibi, bir özür sebebiyle feshi caizdir. Çünkü Yüce Allah: *"Akitlerinize bağlı kalınız."* (Mâide, 1) buyurmuştur. Fesih ise asıl itibarıyla akitleri yerine getirmek kapsamında değildir. [2]

Âlimlerin cumhuru ise şöyle demiştir: İcâre akdi, lâzım bir akittir. Ancak diğer lâzım akitlerin feshedildiği şeyler ile feshi mümkündür; onda bir kusurun varlığı yahut menfaatin elde edilme mahallinin ortadan kalkması gibi. Çünkü Yüce Allah: *"Akitlerinize bağlı kalınız."* buyurmuştur. Diğer taraftan icâre, menfaatler üzerine yapılan bir akittir. Bu açıdan da nikâha benzemektedir. Çünkü bu karşılıklı bedel üzerine yapılan bir akittir, satış gibi fesh olmaz. [3]

Bu görüş ayrılığının bir sonucu olarak Hanefîler şöyle demektedir: İcâre, akit taraflarından her hangi birisinin, müstecirin yahut kiralayanın ölümü ile fesholur. Çünkü akit kalmaya devam edecek olursa müstecirin akit ile malik olduğu menfaat yahut kiralayanın akit ile malik olduğu ücret, akit sebebiyle akdi yapandan başkası

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 359.

2- *el-Bedâyi',* IV, 201; *el-Mebsût,* XVI, 2.

3- *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 227; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 355; *el-Muğnî,* V, 409, 411; *Gâyetü'l-Mühtehâ* II, 209.

tarafından hak edilmiş olur, bu da caiz değildir. Çünkü miras bırakandan mirasçıya intikal (geçiş) menfaatte, mülk edinilmiş ücrette düşünülemez. Zira icâre akdi menfaatler üzerinde peyderpey gerçekleşir. Eğer bu intikali kabul edecek olursak bu da miras bırakanın malik olmadığı bir malın mirasçıya intikalini kabul etmek olur. Çünkü o ayn'ın mülkiyeti mirasçılara intikal etmiştir. Menfaatler de bu durumda mirasçının mülkiyeti üzerinde meydana gelmektedir. Müstecir ise bunlara hak kazanmamıştır. Çünkü o mirasçı ile birlikte bir akitte bulunmuş değildir. (1) Malikî, Şafiî ve Hanbelîlerden cumhûr ise şöyle demiştir: "Akit taraflarından her hangi birisinin ölümü ile icâre akdi fesholmaz. Çünkü icâr lâzım bir akittir, karşılıklı bir ivaz aktidir. Satışta olduğu gibi akdi yapanın ölümü ile fesholmaz." (2)

Hükmü: Sahih bir icarenin hükmü, menfaat mülkiyetinin müstecir için tayin edilen ücretin mülkiyetinin de müeccir (kiraya veren) için sabit olmasıdır. Çünkü icâre karşılıklı bir ivaz (bedel) akdidir. Zira bu menfaatin satışı demektir. (3)

Fasit icarenin hükmü şöyledir: Eğer müstecir menfaati elde edecek olursa ecr-i misil ödemesi icap eder ve bu ecr-i misil tayin edilen ücreti geçmeyecek şekilde olur. Yani Hanefîlere göre eğer icâre fasit bir şart sebebi ile fasit olmuş ise, ecr-i misil ile ecr-i müsemmadan (tayin edilen ücretten) hangisi daha az ise onun ödenmesi gerekir. Şayet icarenin fasit oluşu tayin edilen ecrin bilinmemesi dolayısıyla ise yahut bütünüyle ecrin bilinmemesi dolayısıyla olmuşsa, bu iki durumda ne olursa olsun ecr-i mislin ödenmesi icap eder (4)

İmam Züfer ile İmam Şafiî şöyle demiştir: Fasit icarede miktarı ne olursa olsun ecr-i misil icap eder; satışta olduğu gibi. Çünkü satış, fasit olacak olursa miktarı ne olursa olsun kıymetin ödenmesi gerekir. (5)

5. İcârenin Türleri ve Hükümleri

İcâre iki türlüdür. Menfaatler üzerinde yani ma'kûdunaleyhin menfaat olması hâlinde icâre ve iş üzerinde yani ma'kudunaleyhin iş olması üzerinde icâre.

1- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr ve Şerhu'l-İnâye* -Sadi Çelebi haşiyesi ile- VII, 220; *el-Bedâyi'*, IV, 222 *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 144; *Muhtasaru't-Tahâvi*, 128, *Reddü'l-Muhtâr*, V, 57.

2- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 328; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 356; *el-Muğnî*, V, 428.

3- *el-Bedâyi'*, IV, 201.

4- *el-Bedâyi'*, IV, 195; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr Ma'al-İnaye* VII, 174 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 121 *Reddü'l-Muhtâr*, V 31; *Dürerü'l-Hukkâm*, II, 231. Menedilmiş fasit şart hâlinde satış ile icare arasında fark gözetmenin sebebi şudur: Mebî olan bir şey, bizatihi bir kıymet taşımaktadır. O bakımdan akdin fesadı esnasında kıymeti icap eder. Menfaatler ise Hanefîlere göre bizatihi kıymet taşıyan şeyler değildir. Ancak akit ile bizatihi kıymet taşıyan şeyler hâline gelirler. O bakımdan fâsit icare hâlinde, aktin tarafları arasında ittifak edilen miktar aşılmamak şartıyla kıymetin ödenmesi icap eder. *el-Bedâyi'*, IV, 218.

5- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 174 vd.; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 358.

Menfaatler üzerinde yapılan icarenin hükümleri:

Ev, konak, dükkân, çiftlik, binmek ve yük taşımak için hayvan, giyinmek üzere elbise ve süs eşyalarının, kullanmak üzere da kapkaçakların kiraya verilmesi gibi, menfaatlerin icâre edilmesi demektir.

Mübah menfaatler üzerinde akit caizdir. Haram menfaatlerin ise görmüş olduğumuz gibi, icareye konu olmaları caiz değildir. Çünkü bunlar haramdır. Bunlara karşılık bir bedel almak da caiz değildir; meyte ve kan gibi. Bunun üzerinde ilim adamlarının ittifakı vardır.

Mübah menfaatler üzerinde icâre akti hükmünün gerçekleşme keyfiyeti:

Hanefîlerle Malikîlere göre bu akit mahallinin varlığına ve meydana gelişine uygun olarak peyderpey sabit olur. Akit mahalli ise menfaattir. Çünkü bu menfaat peyderpey meydana gelir yahut elde edilir. (1)

Şafiîlerle Hanbelîler ise şöyle demiştir: "İcarenin hükmü derhal sabit olur ve icâre süresi mevcut aynlar gibi var kabul edilir." (2) Bu görüş ayrılıklarına bağlı olarak şu sonuçlar ortaya çıkar:

1- Şafiîlerle Hanbelîlere göre akit, mutlak olarak yapılacak olursa mücerret akit ile ücrete malik oluş sabit olur. Çünkü icâre karşılıklı bir ivaz (bedel) akdidir. Karşılıklı ivaz ise şarttan uzak, mutlak olması hâlinde akdin akabinde her iki ivazda mülkiyeti gerektirir. Satıcının satış ile semene malik olması hâlinde olduğu gibi.

Hanefîlerle Malikîlere göre bizzat akit ile ücrete malik olunmaz; menfaatlerden kabzedilene göre peyderpey lâzım olur. O bakımdan ücrete veren kişi ancak tedrici olarak gün be gün ücreti isteme hakkına sahip olur. Çünkü şarttan uzak karşılıklı ivazlarda eğer iki ivazdan birisinde mülkiyet sabit olmayacak olursa öteki ivazda da sabit olmaz. Çünkü akitlerde eşitlik akit tarafları arasında istenen bir şeydir.

Hanefîlerle Malikîlere göre ücretin üç şekilden birisi ile ödenmesi icap eder ve ona bu suretle malik olunur:

a) Akit esnasında peşin ödenmesinin şart koşulması ile,

b) Şart koşmaksızın peşin ödenmesi ile. Çünkü müstecirin ücreti ertelemesi bir hak olarak onun lehine sabit olmuştur. O bu hakkını daha erken ödemek suretiyle iptal etme imkânına sahiptir. Tıpkı onun üzerinde vadeli bir borcun olması hâlinde onu daha erken ödemesi gibi.

1- *el-Bedâyi*, IV, 201; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 226; *eş-Şerhu'l-Kebîr ve Hâşiyetü'd-Desûkî*, IV, 4; *el Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 275.

2- *el-Muğnî*, V, 406; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 334; *el-Mühezzeb*, I, 399; *el-Mîzân*, II, 94; *Gâyetü'l Müntehâ*, II, 116.

c) Ma'kûdunaleyhin elde edilmesi ile. Ma'kûdunaleyhler ise menfaatlerdir ve bunlar peyderpey elde edilir. Yahut kiralanan ayn'ın müstecire teslim edilmesi suretiyle bu menfaati elde etme imkânının verilmesi ile olur. Anahtarın teslim edilmesi de böyledir. Çünkü bu durumda müstecir ödeyeceği ücretin karşılığı olan ivaza malik olur. Müeccir (kiraya veren) de mutlak ivazlaşmayı ve aktin hükmünde akit tarafları arasında eşitlik sağlamayı gerçekleştirmek için bunun mukabilinde ivaza malik olur.

Akit tarafları arasında ücretin ancak kiralama süresinin bitmesinden sonra vacip olacağı üzerinde ittifak gerçekleşirse bu da caizdir. Çünkü bu da semenin ödenmesinin ertelenmesi durumunda olan ücretin ertelenmesi olur.

Şayet akitte hiç bir şart koşulmayacak olursa, Ebu Hanife'nin önce ve sonra olan iki görüşü vardır. Onun ilk görüşü aynı zamanda İmam Züfer'in de görüşü olup şöyledir: Ücretin ancak icâre süresinin sonunda ödenmesi gerekir. Çünkü müddet yahut mesafe menfaatleri, ma'kûdunaleyh (kendisi üzerine akit yapılan nesne) olması bakımından, bir tek şeydir. Tümü ile elde edilmediği sürece onun bedelinden hiç bir şey ödenmesi gerekmez. Ebu Yûsuf ile Muhammed'in de görüşü olan sonraki görüşü şöyledir: Ücret peyderpey icap eder. Bir gün geçtikçe müstecir o günün ücretini öder. Çünkü ücret menfaatlere malik olmaya göre mülk edinilir. Menfaatlerin mülk edinilmesi ise zamanla ortaya çıkmaktadır. O hâlde ücret de kendisine tekabül eden şey olan menfaatlere uygun olarak peyderpey mülk edinilir.[1]

Bu kaide ücretin an be an teslim edilmesini gerektirdiğinden ve buna imkân olmadığından dolayı istihsanen ücret bir gün yahut bir aşama ile takdir edilir.

Şâfiîlerle Hanbelîler ücretin sonraya bırakılması ile peşin ödenmesi konusunda şunu kabul etmişlerdir: Şayet icâre bir zimmet icaresi ise ücretin akit meclisinde teslim edilmesi şarttır. Çünkü bu, selem akdinde sermaye ayarındadır. Meselâ, müstecirin: "Ben şu niteliklere sahip bir deve ile eşyamı şu tarafa taşımak hususunda on lira karşılığında seninle selem yapıyorum." yahut "Senden şunu şu kadara ücretle kiralıyorum" vb. şeyler söylemesi ile olur. Çünkü böyle bir durumda ücretin ertelenmesi alacağın alacak karşılığı satılması türünden olur.

Şayet icâre bir aynın icaresi ise: Eğer bunda ücret, meselâ, "Ben seni, bir sene süre ile bu deve ile hizmetimde bulunman için ücretle tutuyorum" demesi gibi, akitte ücret muayyen ise; bu ücretin ertelenmesi sahih değildir. Şayet ücret, "nitelikleri şu olan bir deve ile" demesi hâlinde olduğu gibi zimmette bulunursa ertelenmesi de peşin ödenmesi de caizdir. Aktin mutlak yapılması hâlinde ise, peşin ödenmesi icap eder. Satış akdinde hem peşin, hem de müeccel (vadeli) semen ile

1- *el-Bedâyi'*, IV, 201 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 152 vd.; *el-Mebsût*, XV, 108; *Tebyînü' Hakâik*, V, 109; *el-Kavanînu'l-Fıkhıyye*, 275, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 226.

sahih olması gibi. [1]

2- Ücretin vacip olma şekli hakkında daha önce sözü geçen görüş ayrılıklarının bir sonucu olarak: Hanefîlerle Malikîlere göre mücecirin (kiraya verenin) akdi sonrasında kiralanan aynı teslim etmesi icap eder. Ücreti elde etmek için o malı müstecirden alıkoyma hakkına sahip değildir. Çünkü onlara göre ücret mücerret akit ile gerekmez. O bakımdan mücecir ücreti ancak günbegün isteme hakkına sahiptir. Çünkü ma'kudunaleyh (üzerinde akit yapılan, aktin konusu) menfaatlerdir ve henüz müstecir bunları elde etmemiştir. O bakımdan bunlar yok demektir. Yok olan bu şeyler için de ücret gerekmez. Burada durum semenin aksinedir.

3- Yine bu görüş ayrılığının bir diğer sonucu: Gelecek zamana izafe edilen bir icâre Hanefî, Mâlikî ve Hanbelîlere göre caizdir. Meselâ, bir kişi diğerine: "Ben sana bu evi şu ayın başından itibaren kiralıyorum" yahut "Şu evi sana Ramazan ayının başlangıcından itibaren bir sene süre ile kiralıyorum" diyecek olsa -ve meselâ, akit Recep ayında yapılmış olsa- bu akit caizdir. Çünkü icâr akdi, ma'kûdunaleyhin peyderpey meydana gelişine uygun olarak peyderpey söz konusu olur. Buna göre akit delâlet yolu ile menfaatin var olacağı bir zamana izafe edilmektedir. Satışta değil de icârede böyle bir izafenin caiz kabul edilmesi zaruret dolayısıyladır. [2] Hanefî mezhebinin benimsediği kaideye göre; eğer kiraya veren kiraladığı evi satacak olsa müstecirin hakkında bu satış sahih olmaz. İsterse icâre akdinin izafe edildiği vakit gelmemiş olsun.

Hanbelîler kabul ettikleri bu hükmün sıhhatine şunu delil göstermişlerdir: Gelecekteki bu müddet üzerinde başkası ile birlikte akit yapmak caizdir. Dolayısıyla tek başına bu süre üzerinde de akit caiz olur. Teslim edebilme gücünün şart koşulması ise, müslemünfihte olduğu gibi teslimin vücubu hâlinde söz konusudur.

Şafiîler şöyle demektedir: Bir ayn'ın gelecekteki bir menfaat için icara verilmesi sahih değildir; evi gelecek sene yahut yarın başlamak üzere bir sene süreyle icara vermek gibi. Bu süre akit ile birlikte olmadıkça hüküm böyledir. Çünkü icâre bir menfaat satışıdır. Bunun Şafiîlere göre caiz oluş yolu ise, süre menfaatlerinin aktin akabinde takdiren var kabul edilmesi ile olur. Çünkü akit hükmünün mahallinin var olması lazımdır. O bakımdan menfaatler bizatihi var olan aynlar gibi kabul edilmiştir. Satışın ileride meydana gelecek bir ayna izafe edilmesi ise, aynların satışında olduğu gibi sahih değildir.

Zimmet yoluyla icarede menfaatin gelecekte belli bir süreye ertelenmesi

---

1- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 334; *el-Mühezzeb*, I, 399; *el-Muğnî*, V, 408.

2- *el-Bedâyi'*, IV, 203; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 148; *İbni Âbidîn*, V, 4, *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 224; *e. Muğnî*, V, 400; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 276.

sahihtir. Meselâ: "Ben senin zimmetini şu ayın başında Mekke'ye yük taşımayı ilzam ediyorum (yükümlü tutuyorum)" demesi buna örnektir. [1]

Menfaatlerin icârı hakkında başka bir takım hükümler daha vardır, aşağıda bunları açıklıyoruz:

İcâr Edilen Ayn'dan Yararlanma Keyfiyeti:

Bir kişi bir ev yahut bir dükkân ve bunlara benzer yerleri kiralayacak olursa, bizzat kendisi kalmak yahut icâre veya âriyet (ödünç) vermek yolu ile başkasını orada bulundurmak gibi, nasıl isterse öylece faydalanma hakkına sahiptir. Oraya eşyasını ve başka şeyleri de koyabilir. Ancak demirci, boyacı, değirmenci, binaya zarar veren, gücünü azaltan makine gibi şeyleri orada bulunduramaz. Buna delil şudur: İcâre onlardan yararlanmak içindir. Ev ve benzeri yerler ise, mesken olarak kullanılmak suretiyle faydalanmak için yapılmıştır. İnsanların mesken olarak kullanmaları ise âdeten pek farklı değildir. O bakımdan bunlardan faydalanma yolları, belirtilmeksizin yahut tayin edilmeksizin de bellidir. Demirci ve benzerinin oraya yerleştirilmesinin sahih olmayış sebebi ise, akdin mutlak olarak yapılması hâlinde, insanlar arasındaki örfe göre yorumlanmasından dolayıdır. Meslek erbabı ise, sahip oldukları âletler ile binaya etki ederler ve bu, kimi zaman kiralanan malın telef olması sonucunu dahi verebilir. İcâre ise malın kendisinin satışı değil, menfaatin satışıdır.

Diğer taraftan müstecir (kiracı) menfaate malik olduğundan dolayı, o menfaatten bizzat kendisi yararlanabileceği gibi, icâre yahut ariyet vermek suretiyle başkası yolu ile de o menfaatten yararlanabilir.

Arazinin İcârı:

Arazinin icâr edilmesi hâlinde ziraat, ağaç dikmek, bina yapmak ve bunun gibi ne için kiralanacağının açıklanması mutlaka gerekir. Aksi takdirde icâre fasit olur. Yine eğer icâre ziraat için olursa, orada neyin ekileceğinin de açıklanması zorunludur. Yahut mal sahibi dilediğini ekebilme hakkını vermelidir. Aksi takdirde icâre fasittir. Çünkü binanın, ziraatin ve ekilen şeylerin farklılık göstermesiyle arazinin menfaatleri farklılık gösterdiği gibi, ekilen şeylerin yerdeki etkileri de birbirinden farklıdır.

Binek Hayvanlarının Kiralanması:

Süre yahut mekândan birinin açıklanması kaçınılmazdır. Şayet onlardan biri açıklanmayacak olursa icâre fasittir. Aynı şekilde bineğin yük taşımak için mi, binmek için mi kiralandığının da açıklanması lazımdır. Çünkü bunlar birbirinden farklı iki ayrı menfaattir. Yine onun üzerinde neyin taşınacağının, ona kimin bineceğinin de açıklanması lâzımdır. Çünkü taşımak taşınanın farklılığına göre

1- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 338; *el-Mühezzeb*, I, 396.

farklılık gösterir, insanların hayvana binmeleri de birbirinden ayrıdır. Bunun açıklanmadan bırakılması anlaşmazlığa götürür ve bu durumda icâre fasit olur. Buna göre, eğer müstecir fasit bir akit ile menfaatini elde edecek olursa nas gereği ecr-i misil ödemesi icap eder. Çünkü o, fasit bir akit gereğince menfaati elde etmiştir. Nitekim icarenin hükmünü açıklarken bunu açıklamış bulunuyoruz. Ancak istihsan gereği tayin edilen ücretin ödenmesi icap eder. Çünkü ifsat edici olan anlaşmazlığa götüren bilgisizlik, ortadan kalkmış bulunmaktadır. İfsat edici sebebin ortadan kalkması ile fasit oluş da ortadan kalkar. [1]

Kiralanan Ayn'ın Islâhı:

Meselâ, kiralanan evin kira süresi içerisinde duvarlarının sıvanması, boruların tıkanması, sıhhî tesisatın çalışmaması gibi hâllerde bazı tamirleri gerektirebelir. Bunların kimin tarafından tamir edilip düzeltilmesi gerekir?

Hanefîler şunu açıklamışlardır: Duvarların sıvanması, giderlerin ve yıkılan taraflarının tamir edilmesi, faydalanılabilecek şekilde tamir edilmesi gibi işler, evin sahibi olan kiraya verenin yerine getirmesi gereken sorumluluklardır. Kiracının bunları yapmak sorumluluğu yoktur. Mülkün ıslâh edilmesi, malik hakkında söz konusu olur, fakat bu tamiri yapmak için mecbur edilmez. Çünkü malik mülkünü düzeltmek için mecbur tutulmaz. Ancak müstecir için icareyi feshetmek hakkı sâbit olur. Çünkü böyle bir eksiklik ma'kûdunaleyhte bir kusur olarak değerlendirilir.

Aynı şekilde su ve kuyu kovasının boruların düzeltilmesi de kiraya verene aittir; isterse bunlar kiracının işleri sebebiyle dolmuş olsun. Fakat gördüğümüz gibi bunları yapmak için mecbur tutulmaz.

Müstecir (kiracı) de icâre süresi bitecek olursa, temizlik ve süpürme dolayısıyla ortada biriken toprakları kaldırmak zorundadır. Çünkü bu topraklar onun işi sonucu meydana gelmiştir. Bu, kendisinin eve koyduğu toprak durumunda olur.

Kıyasa göre boruları ve pislik lağarlarını dolduran şeyleri kiracının taşıması gerekir. Çünkü bunlar onun etkisi ile dolmuştur. O bakımdan çöp ve kül gibi, bunları da onun nakletmesi icap eder. Ancak Hanefîler istihsana başvurarak örf ve âdetin gereğini kabul edip, ev sahibinin bunları taşımasını benimsemişlerdir. Çünkü insanlar arasındaki âdete göre yerin altında görülmeyen şeyleri taşımak ev sahibine aittir.

Şayet kiracı, sözü geçen şeylerden her hangi birisini düzeltecek, tamir

---

1- Söz konusu edilen bütün bu hususlar için bk. *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 166 vd.; *el-Bedâyi'*, IV 183, 207; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 113 vd.; *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Dürru'l-Muhtâr*, V, 19, 55.

ettirecek olursa, bunu teberru olarak yapmış olur ve onun hesabından düşülmez. Çünkü o başkasının mülkünü kendisinden istenmeden ve bu konuda bir velâyeti olmaksızın tamir etmiştir. Şayet kiraya verenin yahut onun vekilinin talebi üzerine bu işleri yaparsa, onun hesabından düşülür. [1]

İcarenin sona ermesinden sonra müstecirin sorumlulukları:

İcâr süresi bittiği takdirde müstecir üzerinde yerine getirmesi gereken bir takım sorumluluklar vardır. En önemlileri aşağıda gösterilmiştir: [2]

1- Müstecir (kiracı) sürenin bitiminden sonra müeccire (kiraya verene) evin yahut dükkânın anahtarını teslim etmek durumundadır.

2- Bir kişi şehirdeki muayyen bir yerden binmek üzere yahut onun üzerinde gidip gelecek şekilde belli bir yere kadar bir şey taşımak üzere bir binek kiralasa o bineği sahibinden kabzettiği yere getirmek zorundadır. Bunu kabzettiği yere geri getirmesinin sebebi, yiyeceğinin onun tarafından karşılanması gerektiğinden dolayı değil, aktin kapsamış olduğu mesafe dolayısıyladır. Çünkü icâre akdi ancak bineğin teslim alındığı yere geri verilmesi ile sona erer. Şayet bineği evine götürüp orada hayvan sakatlanıncaya kadar tutacak olursa, kıymetini tazmin eder. Çünkü akit yerinden bir başka yere götürmek suretiyle aktin sınırını aşmıştır.

Eğer müstecir: "Ben bu bineğe buradan filan yere kadar binip ondan sonra onunla evime döneceğim" diyecek olursa, bu durumda o bineği kiraya verenin evine geri götürme sorumluluğu yoktur. Çünkü evine dönmesi ile birlikte icâre müddeti sona ermiş olur. O takdirde binek onun elinde emanet olarak kalmış olur. Vediada (emanette) olduğu gibi onu geri götürme zorunda değildir.

Şayet bineği her hangi bir beldede ihtiyaçlarında kullanmak ve muayyen bir süre binmek üzere kiralayacak olsa, bu süre geçtiği takdirde müstecirin bineği sahibinin evine götürmek suretiyle teslim etme sorumluluğu yoktur. Aksine müeccirin (kiraya verenin) müstecirin elinden onu teslim alması gerekir. Çünkü müstecirin elde ettiği menfaat, bir ivaz karşılığı gerçekleşmişti, bu da müeccirin hak kazandığı ücrettir. Müstecirin onu geri götürme gibi bir sorumluluğu yoktur. O bakımdan akdin süresinin bitiminden sonra binek onun elinde bir emanet olarak kalır. Hatta bir kaç gün dahi yanında alıkoysa ve yanında iken telef olsa, tazminat olarak bir şey ödemez. Bu ise ariyet alanın ve gâsıbın aksine bir durumdur. Ariyet alan ile gasbeden kişi, aldıkları şeyi sahibine ödemek zorundadırlar. Çünkü ariyet alan kişi, karşılıksız olarak ariyet aldığı şeyden yararlanmakta, gâsıbın ise gasbettiği şeyde her hangi bir hakkı bulunmamaktadır.

İş görmek üzere icareye dair hükümler:

Bir takım işleri görmek üzere icâre, bina yapmak, gömlek dikmek, muayyen

1- *el-Bedâyi'*, IV, 208 vd.;
2- *el-Bedâyi'* IV, 209.

bir yere kadar yük taşımak, kumaşı boyamak, ayakkabıyı tamir etmek ve buna benzer belli bir iş görmek üzere yapılan akitlerdir.

Ecîr (ücretli, işçi) iki türlüdür: Hâs (özel) ecir ve müşterek (ortak) ecir.

Has ecir (ecîr-i hâs) yahut bir kişinin yanında ücretli çalışan kişi; belli bir süre tek bir kişiye çalışan kişi demektir. Bunun hükmü şudur: Müstecirinden başkasına çalışması onun için caiz olmaz.

Müşterek ecîr (ecîr-i müşterek): Boyacı, demirci, ütücü ve bunlara benzer herkese iş yapan kişi demektir. Böyle bir ecir hakkındaki hüküm bütün insanlara iş yapmasının caiz olduğu şeklindedir. Onu ücretle tutan kimsenin onu başkasına iş yapmaktan menetmek hakkı yoktur.[1]

Dikkat edilecek olursa, süt emzirmek üzere ücretle tutulan sütanne ecîr-i hâs yerindedir. Başka bir çocuğa süt vermesi onun için caiz değildir. Eğer birinci çocuk ile birlikte ona süt verecek olursa, işini kötüye kullanmış ve eğer birinci küçüğe zarar vermiş ise, günah kazanmış olur. Her iki çocuğa da süt emzirdiği için istihsanen ücreti hak eder. Çünkü ma'kudunaleyh (akde konu olan) mutlak olarak süt emzirmektir, bu da gerçekleşmiştir. Kıyasa göre ise onun ücrete hak kazanması söz konusu değildir. Çünkü akit onun yapacağı iş hakkında gerçekleşmiştir. Başka bir iş dolayısıyla ücrete hak kazanmaz.

Sütannenin, süt emzirmekle birlikte, küçüğün ihtiyaç duyacağı banyosunun yapılması, elbiselerinin yıkanması, yemeğinin pişirilmesi gibi işleri de görmesi gerekir. Babanın ise yiyecek masraflarını ve küçüğün gerek duyacağı koku sürülecek yağ ve benzeri şeyleri karşılaması gerekir. İmam Muhammed'in *el-Asl* adlı eserinde söz konusu edilen; "Sütannenin küçük için kullandığı kokular ve yağları sütannenin karşılaması gerekir" şeklindeki ifade geçmişte, o belde halkının âdeti olarak yorumlanır. [2]

6. Ecîrin (Aynın Telef Olması Sebebiyle) Tazminat Ödemesi ve Ücretinin Düşmesi

Burada ücretlinin üzerinde iş görmek üzere ücretle tutulduğu ayn'ın tazminatını ödemesi ile her hangi bir kimsenin ondan faydalanmak üzere ücretle tuttuğu ayn'ın tazminatını ödemesinden söz edeceğiz.

Ecîrin tazminat ödemesi:

Ecîrin özel ve ortak olmak üzere iki tür olduğunu görmüş bulunuyoruz. Özel ecîr (çalışmayacak olsa dahi), süre içerisinde kendisini teslim etmek suretiyle ücrete hak kazanan kişidir). Evdeki hizmetçi, iş yerindeki işçi gibi. Mezhep imamları

1- *el-Bedâyi'*, IV, 174; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 200; *Tebyinu'l-Hakâik*, V, 133 vd.; *el-Kavâninu'l-Fıkhıyye*, 336.

2- *el-Bedâyi'*, IV, 209; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 129.

(Hanefî, Malikî, Şafiî ve Hanbelîler) böyle bir kimsenin çalışmak üzere kendisine teslim edilen ayn'ın tazminatını ödemeyeceği üzerinde ittifak etmişlerdir. Çünkü malın onun elinde bulunması vekîl ve mudarib gibi emanet yolu iledir. Meselâ, bir kimse bir gün yahut bir ay süre ile yalnız kendisi için çalışmak üzere bir terzi yahut bir dericiyi ücretle tutacak olsa, elinde telef olan ayn'ın tazminatını, onun tarafından bir tecavüz yahut korumakta bir kusuru görülmedikçe -ister elinde, ister çalıştığı esnada telef olsun- ödemez.

Müşterek ecir:

Müşterek ecîr işçi ise, bütün insanlara iş yapan yahut kendisini teslim etmek suretiyle değil de yaptığı işle ücrete hak kazanan kişidir. Sanatkâr, boyacı, temizleyici vb. kimseler gibi. Bu konuda ilim adamları arasında görüş ayrılığı vardır. Ebu Hanife, Züfer, el-Hasen b. Ziyâd ve mezheplerinin sahih kabul edilen görüşlerinde Hanbelîler, -insanların fesadı dolayısıyla kendisiyle fetva verilmeyen- iki görüşünden sahih olanında Şafiî şöyle demektedirler: Bunun da elinde bulundurması, hâs ecîr gibi emanet yolu iledir. Onun yanında telef olan şeyin tazminatının ödenmesi, -her hangi bir tecavüz yahut bir kusur sebebiyle olmadıkça- söz konusu değildir. Çünkü aslolan, tazminatın ancak tecavüz ve haddi aşmak ile vacip olmasıdır. Zira yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Zalimlerden başkasına husumet yoktur."* (Bakara, 193) Burada böyle bir ecîr tarafından her hangi bir haksızlık bulunmamaktadır. Çünkü ona kabz için izin verilmiştir. Telef olmasına ise o sebep olmamıştır. [1]

Ebu Yûsuf, Muhammed, diğer bir rivayetinde İmam Ahmed de şöyle demektedir: Müşterek ecîr, elinde bulundurduğu başkasına ait olan malı, tazminat altında olmak üzere elinde tutar. O bakımdan o, elinde telef olan şeyin tazminatını öder; velev ki bu konuda onun her hangi bir tecavüzü yahut bir kusuru olmasın. Ancak eğer telef olmuş, genel ve çoğu şeyi yakan bir yangın yahut çoğu şeyi su altında bırakan bir su baskını ile meydana gelmişse, durum müstesnadır. Bu konuda onlar ileride açıklanacak olan Hz. Ömer ile Hz. Ali'nin uygulamasını delil göstermişlerdir. [2]

el-Bağdadî bazı Hanefî kitaplarından naklederek şöyle demektedir: "Bu gün Ebu Yûsuf ile Muhammed'in görüşüne göre fetva verilir. Çünkü insanların durumunda değişiklik görülmüştür ve insanların mallarının korunması böyle

1- *Muhtasaru't-Tahâvî,* 129; *el-Fetave'l-Hindiyye,* IV, 486; *Tebyînu'l-Hakâik, V, 110, 134; el-Bedâyi',* IV, 211; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 207; *el-Messût,* XV, 103; *Mecmau'd Damânât,* 27; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* Iv, 28; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 230; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 351; *el-Mühezzeb* I, 408; *el-Muğnî,* V, 479 vd. 487; *el-Kavânîninu'l-Fıkhıyye,* 276, 336; İbni Âbidîn, *Resâil,* II, 178.

2- *el-Bedâyi',* IV, 210; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 201; *Muhtasaru't-Tahâvî* ve *el-Mebsut,* aynı yerler; *Muğni'l-Muhtac,* II, 351; *el-Muğnî,* V, 487; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* a.y.; *Gâyetu'l Müntehâ,* II, 213.

gerçekleşir." [1]

Malikîler ise şöyle demektedir: Sanatı ile aynlara etki eden müşterek ecîr, kendisinin her hangi bir tecavüz yahut kusuru olmaksızın dahi elinde telef olanın tazminatını öder. Meselâ, elbise beyazlatıcısı elinde yırtılanlann, aşçı bozduğu yemeklerin, fırıncı bozduğu ekmeklerin, hamal başından aşağıya düşen yüklerinin yahut tökezleyip düşerken telef olan şeylerin, deve sırtında yük taşıyan kimse kendisinin çekmesi yahut sürmesi esnasında ve devesini bağladığı ipin kesilmesi hâlinde telef olanın, gemici elinde iken telef olanların yahut gemide yaptıklan sebebiyle telef olanlann tazminatını öder. [2] Bu konudaki delilleri de Peygamber (a.s.)'in: *"(Teslim alan) elin aldığı şeyi ödeyinceye kadar sorumluluğu vardır."*[3] şeklindeki buyruğu ile Ali (r.a.)'nin boyacı ve kuyumcuya tazminat ödetip "insanlan için ancak böylesi uygundur" dediğine dair rivayeti; bir de Ömer (r.a.)'in insanların mallan için ihtiyaç olmak üzere müşterek ecîre tazminat ödettiğine dair gelen rivayetlerdir. [4] Çünkü müşterek ecîr, o ayn'ı her hangi bir hak ediş söz konusu olmaksızın kendi adına kabzetmiş bulunmaktadır; o bakımdan o da ödünç alan gibi tazminat öder. [5]

Aynı şekilde İmam Malik'e göre de eğer insan canının çektiği bir şey olması hâlinde, ecîrin taşıdığı yiyecek şeylerin kötülüğe giden yollan tıkamak maksadı ile-tazminatını ödemesi gerekir.

Bir Şeyin Emanet Niteliğini Değiştirip Tazminat Niteliğine Sahip Olması:

Üzerinde ücretle iş görülmek üzere verilen şey, eğer boyacıya yahut terziye

1- *Mecmau'd-Damânât*, 27.

2- İbni Cüzey, ayırım gözeterek şöyle demektedir: Meslek sahipleri gizledikleri şeyin tazminatını öderler; ister ücretle işi yapsınlar, ister ücretsiz yapsınlar. Saklanıp gizlenemeyen şeyin

3– Bu hadisi Ahmed B. Hanbel ve dört *Sünen* sahibi rivayet etmiş, Hâkim, *sahih* olduğunu belirtmiştir. Söz konusu bu rivayet Semura b. Cündub'dan gelmiştir. Ayrıca Taberânî, Hakim ve İbni Ebi Şeybe de konusu bu rivayet Semura b. Cündub'dan gelmiştir. Ayrıca Taberânî, Hakim ve İbni Ebu Şeybe de rivayet etmişlerdir. *Câmiu'l-Usûl*, IX, 110; *Nasbu'r-Râye*, IV, 167; *et-Telhîsu'l-Habîr*, 253; *el-Mekasudu'l-Hasene*, 290; *Neylu'l-Evtâr*, V, 298; *Sübülü's-Selâm*, III, 67.

4- Hz. Ömer'in bu uygulamasını Abdürezzâk, ondan gelen *munkatı'* bir senet ile, onun sanatkârlara tazminat ödettiği şeklinde rivayet etmiştir. Hz. Ali'den gelen rivayeti ise Beyhakî, eş-Şâfiî'den, o Hz. Ali'den zayıf bir senetle rivayet etmiştir. Şafiî şöyle demektedir: Hadis ehli böyle bir şeyi de sabit kabul etmezler. Lafzı şu şekildedir: Hz. Ali, elbise yıkayıcısı ile boyacısına tazminat ödetmiştir. Şâfiî: "insanlan bundan başkası yola getirmez." demiştir. Hz. Osman'dan bundan daha zayıf bir yoldan rivayet edilmiştir. Ayrıca Beyhakî, Cafer b. Muhammed'den, o babasından o Ali'den yolu ile, Hz. Ali'nin boyacıya ve kuyumcuya tazminat ödettirdiğini rivayet etmektedir. Şunu da söylediğini kaydetmektedir: "İnsanlara bundan başkası uygun değildir." *et-Tehlisu'l-Habîr*, 256; *Sünen* (Beyhakî), VI, 122; *Kenzü'l-Ümmal*, II, 191 vd.

5- *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 229, 230; *eş-Şerhu'l-Kebîr -Düsûkî Hâşiyesi ile-* IV, 27 vd.; *el-Muğnî*, V 479 vd.; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 336; *el-Furûk*, II, 207; IV, 11, 27.

verilen kumaş, gemide veya binek üzerinde taşınan eşya türünden olursa ecîrin elinde emanet olarak kabul edilir. Bu hüküm, Ebu Hanife ve ona muvafakat edenlerin kabul ettikleri genel kaideye göre böyledir. Buna göre aşağıdaki durumlarda emanet niteliği değişip tazminata dönüşebilmektedir: [1]

1- Korunmanın terkedilmesi: Yani ecîr, eşyayı korumakta ihmalkâr davranırsa, tazminatını ödemesi gerekir. Çünkü ecîr, üzerinde iş yapacağı malı kabzetmekle onu korumayı da iltizam etmiş olur. Korumayı terketmek ise tazminatı gerektirir. Vediayı korumayı terkeden ve bunun üzerine de kaybolmasına sebep olan vedî (emanet alan)'nin durumu gibi.

2- Telef ve ifsat etmek: Şayet ecîr, kasten telef eder yahut meselâ, kumaşı dövmekte aşırıya gitmek suretiyle haddi aşacak olursa, ister müşterek ister hâs ücretli olsun, tazminat öder.

Şayet ecîr, meselâ kasdî olmayarak yaptığı iş sebebiyle hataen kumaşı bozmak suretiyle, bozmakta haddi aşmış ise, eğer ecîr-i has ise ittifakla tazminatını ödemez. Beyazlatıcının (kassarın), kumaşı dövüp parçalanmasına veya kimyevî maddelere bırakıp delinmesine sebep olması yahut gemicinin işi sebebiyle geminin batması yahut hamalın yere düşüp taşıdığı şeyin bozulması yahut müşterek çobanın hayvanları sürerken hayvanların birbirlerine çarpıp bir kısmının telef olması gibi hallerde Ebu Hanife ve Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre telef olan şeylerin tazminatı ödenir. Çünkü yapılmasına izin verilen iş, ıslâh edici bir iştir, ifsat edici değil. Ayrıca akıl sahibi olan bir kimse, malının ifsat edilmesine razı olmaz ve ifsat edilen şey karşılığında ücret ödemeyi kabul etmez. O bakımdan mesele, delâleten uygun olan şeylerle kayıtlı kabul edilir.

Şafiîlerle İmam Züfer ise şöyle demektedir: Bütün bu durumlarda ecîr, her hangi bir haddi aşmak yahut amelinde kusuru söz konusu olmadıkça tazminat ödemez. Çünkü onun genel olarak yaptıkları işlerde izinli olması söz konusudur. Eğer bu konuda o izinli olmazsa böyle bir fesâttan sakınmak mümkün olmaz. Çünkü onun esasen işini yerine getirebilmesi ancak bir takım mahzurlarla imkân dahilindedir. Mahzur ve sıkıntı ise ortadan kaldırılır. [2]

Müşterek Ecîrin Çırağı:

Sözü geçen durumlarda ücret ile verilen şey, ecîrin çırağının elinde telef olacak olursa onun tazminat ödemesi lâzım gelmez. Tazminat onun ustasına aittir. Çünkü asaleten sorumlu olan odur, bizzat kendisi yapmış gibidir.

1- *el-Bedâyi',* Iv, 211; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 201 vd.; *Muhtasaru't-Tahâvî,* 130; *Tebyînu'l Hakâik,* V, 135; *Reddü'l-Muhtâr,* V, 46; *el-Mebsût,* XV, 104, 161; XVI, 9 vd.; *Camiü'l-Fusûleyn,* II, 172 vd.; *Mecmau'd-Damânât,* 28 vd.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 351; *el-Mebsût, el-Bedâyi', Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* aynı yerler; *Mecmau'd-Damânât,* 41-49.

Çırak bir kumaşı beyazlatma işinde (yani günümüz örfünde boyama işinde) kumaşı çiğneyerek yırtacak olursa, tazminatını öder. Çünkü elbisenin çiğnemesi için izin verilmiş değildir.

Eğer çırağın elinden kandil düşüp boyama yerindeki kumaşı yaksa, tazminatını ustasının ödemesi gerekir, çırağın değil. Çünkü kandili götürüp getirmek hususunda izin vardır. Bundan sorumlu olan ise ustadır. Bu işi bizzat kendisi yapmış gibi değerlendirilir.

Aynı şekilde kassârın tokmağı, kumaşın üzerine düşüp onu yırtacak olursa, tazminatını ustasının ödemesi gerekir. Çünkü bu, kassârın yapmak durumunda olduğu işlerdendir. O bakımdan fiil ona ait kabul edilir.

Şayet tokmağın üzerine düştüğü kumaş, bir vedia (emanet) olup delinecek olursa, tazminatı çırağın ödemesi gerekir. Çünkü usta çırağa yapma ve kullanma imkânını verebileceği şeylerden sorumludur. Bu da sadece sanat ve meslek ile alâkalı şeylerdir. (1)

Veteriner, Hacamatcı ve Sünnetçi:

Bu gibilerin hükmünün bundan önceki durumların hükmünden farklı oluşu dikkat çekicidir. Bunlar işlerini yapan kimseler olup daha sonra yaptıkları işin etkisi, canın telef olmasına ve ölüme kadar sirayet edecek olursa, üzerlerinde tazminat yoktur. Çünkü bu gibi şeylerden sakınmak, imkânları içerisinde olan bir iş değildir. (2)

3- Kiracı eğer nassan yahut delâletten kiraya verenin şartına aykırı hareket edecek olursa: Bu aykırı hareket ediş tazminatın vücubu için bir sebeptir. Aykırı hareket etmenin bir takım şekilleri vardır. Bu ya cins ya miktar yahut nitelik yahut mekân ya da zamanda muhalefet şeklinde ortaya çıkar. Diğer taraftan muhalefet ya bineklerin kiralanmasında yahut sanatkârların ücretle tutulmasında meydana gelir.

Bineklerin Kiralanmasında Muhalefet:

Bu durumda bineğin zararı ya hafiflik veya ağırlık yönündedir yahut cinsin farklılığı sebebiyledir. (3)

a) Bineğin zararı hafiflik yahut ağırlık miktarı bakımından ise: Eğer taşınan yük, müeccir ile ittifak edilen şeyin misli yahut ondan daha hafif bir şey olursa bineğin telef olması sebebiyle müstecirin bir şey ödemesi gerekmez. Çünkü taşınan

1- *Mecmau'd-Damânât*, 41-45.

2- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 206; *el-Mebsût*, XV, 104; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 137; *Reddü'l-Muhtâr*, V, 47; *Mecmau'd-Damânât*, 47.

3- *el-Bedâyi'*, IV, 213 vd.; *el-Mebsût*, XV, 170 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 118 vd.; *Tekmiletü Fethi'l Kadîr*, VII, 170 vd.; *Reddü'l-Muhtâr*, V, 25 vd.

şeyin tayin edilmesinde bir fayda yoktur. Diğer taraftan bir şeyin mislini yahut daha aşağısını yüklemek hâlinde manen muhalefet söz konusu olmaz.

Şayet taşınan şey, üzerinde ittifak edilenden daha ağır olursa: Meselâ, arpa yerine buğday yüklemek gibi cinsinden farklı bir şey olup hayvan sakatlanacak olursa, onun kıymetini tazmin eder ve ayrıca ücret ödemesi gerekmez. Çünkü müeccir tarafından müsaade edilmeyen bir fiil sonucu helâk olmuştur. Zira ücret ile tazminat da bir arada bulunmaz. Çünkü tazminatın vacip olması onun gâsıp olmasından dolayıdır. Gâsıbın ise ücret ödeme sorumluluğu yoktur. [1]

Şayet yüklenen ve ittifak edilenden daha ağır olan şey, üzerinde ittifak edilen türünden olursa meselâ, on ölçek yükleyecek yerde, on bir ölçek yüklerse, eğer hayvan her hangi bir kusur olmaksızın salimen kurtulursa tayin edilen ücreti ödemesi gerekir; kendisine tazminat gerekmez. Şayet hayvan sakatlanacak olursa, hayvanın kıymetinin on birde birini tazminat olarak verdiği gibi tespit edilen ücreti de öder. Çünkü hayvan bir taraftan izin verilmiş bir fiil, diğer taraftan izin verilmemiş bir fiil sonucu ölmüştür. O bakımdan telef olmak da buna göre takdir edilir. Yani on birde bir olarak kabul edilir ve fazlalık miktarının tazminatını öder.

b) Eğer hayvanın zararı, hafiflik ve ağırlık bakımından değil de, cinsin değişikliği sebebiyle olmuşsa: Bir insanın, üzerinde bir kantar pamuk yükletmek maksadıyla bir bineği kiralayıp ona bir kantar yahut daha az miktarda demir yükleyip hayvanın telef olması hâlinde olduğu gibi. Bu durumda hayvanın kıymetini tazminat olarak öder. Çünkü pamuğun ağırlığı hayvanın sırtının her yanına yayılır. Demirin ağırlığı ise, bir tek yerde toplanır. Bu ise bineğin sırtına daha fazla ağırlık verir ve onu daha çok yorar. Bu durumda, bu konuda ona izin verilmiş olmaz. O bakımdan müstecir bir gâsıp olacağından tazminat öder ve az önce de görüldüğü gibi ayrıca ücret ödemesi gerekmez.

Buna göre bir kimse, bizzat binmek üzere bir binek kiralasa ve ağırlık itibarıyla kendisi gibi yahut kendisinden daha hafif bir başkasını bindirse telef olduğu takdirde kıymetini tazminat olarak öder. Çünkü burada muhalefet ağırlık ve hafiflik yönünden değildir. Bu konudaki bilgi ve beceri bakımındandır. Çünkü bu konuda insanlar gayet açık bir şekilde birbirlerinden ayrılırlar.

Eğer bizzat kendisi binmek üzere bir hayvan kiralar, kendisi ile birlikte başkasını da bindirir ve hayvan sakatlanırsa, hayvanın iki kişiyi taşıyabilecek güçte olması hâlinde kıymetinin yarısının tazminatını öder. Çünkü telef hem izin bulunan hem bulunmayan şekilde iki kişinin binmesi ile ortaya çıkmıştır. Şayet hayvan iki kişiyi taşıyamıyor ise, bütün kıymetini tazminat olarak öder. Çünkü başkasını da bindirmek suretiyle o hayvanı telef etmiştir.

1- *el-Mebsût*, XV, 147.

Şayet semerli bir binek kiralar, bu semerini kaldırıp yerine eyer koyacak olursa, tazminat ödemesi gerekmez. Çünkü eyerin zararı azdır. Eyerin bineğin sırtı üzerinde kapladığı yer semerinkinden daha az olduğundan zararı da semerinkinden azdır.

Eyerli bir eşek kiralayıp ona bir başka eyer koyup, koyduğu bu eyer asıl eyeri gibi ise, tazminatını ödemez. Çünkü zarar itibarıyla iki eyer arasında fark yoktur. Şayet ona at eyeri vuracak olursa, tazminatını öder. Çünkü büyüklüğü sebebiyle zararı daha fazladır. O bakımdan bu, hayvanı telef etmek olur.

Eyerli bir hayvan kiralayıp eyeri üzerinden kaldırıp ona semer vuracak olur ve hayvan ölürse, İmam Muhammed'in *el-Asl* adlı eserinde belirtildiğine göre, semerin eyere fazlalık miktarı oranında tazminat öder. *el-Camiü's-Sağîr* adlı eserinde ise, İmam Muhammed bu sonuda Hanefî mezhebi imamları arasında görüş ayrılığından söz etmektedir. Ebu Hanife'nin görüşüne göre kıymetin tamamını tazminat olarak öder. Çünkü semer ağırlık itibarıyla eyerden farklı değildir. Onun farklılığı başka yöndendir. O da şudur: Semer hayvanın sırtında eyerden daha fazla bir yer kaplar. Böyle bir muhalefet şayet ağırlık sebebiyle olmayacak olursa, telef olan şeyin tümünün tazminatını gerektirir.

Ebu Yûsuf ile Muhammed'in görüşüne göre ise, fazlalık miktarı, kadar tazminat öder. Çünkü semer ile eyerin her birisi ile genellikle hayvana binilir, fakat bunlar arasında ağırlık açısından farklılık vardır. Zira semer daha ağırdır o bakımdan ağırlık miktarı kadar tazminat öder.

Çıplak bir eşek kiralayıp ona eyer vursa ve sonra ona binse hayvan ölse tazminatını öder. Çünkü eyer hayvana bir ağırlık vermiştir. Şöyle de denilmiştir: Bu hüküm o şahıs genellikle eyersiz olarak şehir içinde hayvana binen kişiyerden ise söz konusudur. Şayet şehir dışında binmek üzere kiralar yahut bu kişi, belli bir konumda olan kimselerden ise (yani eyersiz binmesi uygun değilse) tazminatını ödemez. Çünkü eşeğin sırtına eğersiz ve semersiz olarak bir şehirden bir başka şehire binilmez. Belli konumda olan kimse ise, âdeten eyersiz olarak hayvana binmez. O bakımdan sırtına eğer vurulmasına delâleten izin verilmiş demektir; tazminat da söz konusu değildir.

c) Şayet muhalefet mekânda ise: Belli bir yere kadar binmek yahut sırtına yük vurup taşıtmak maksadı ile bir hayvan kiralayıp o yeri aşacak olursa, bütün kıymeti tazminat olarak öder. [1]

d) Zamanda muhalefet: Belli bir süre binmek yahut ona yük taşıtmak üzere bir hayvan kiralayacak olsa ve bu süreden fazla o hayvandan yararlandıktan sonra, hayvan kendisinin elinde iken ölse, yine kıymetini tazminat olarak öder. Çünkü o sınırlanan süre sonrasında hayvandan yararlanmak suretiyle gâsıp olur.

1- *Muhtasaru't-Tahâvî*, 128.

Dokumacı, Terzi, Boyacı vb. Sanatkârların Ücretle Tutulması [1]:

a) Cinste muhalefet hâlinde: Bir kimsenin muayyen bir renge boyamak üzere boyacıya bir kumaş teslim edip boyacı kumaşı başka bir renge boyarsa kumaşın sahibi muhayyerdir: Dilerse boyacıya kumaşın kıymetini tazminat olarak ödetir, dilerse kumaşı alır ve boyamanın kumaşın kıymetinde sebep olduğu artışı boyacıya öder. Bir kimsenin bir terziye gömlek dikmek üzere bir kumaş vermesi, fakat onun bunu gömlek değil de, meselâ bir ceket dikmesi hâlinde kumaş sahibi terziye kumaşın kıymetini tazminat olarak ödetmek ile dikileni alıp ecr-i mislini ödemek arasında muhayyer olur.

b) Nitelikte muhalefet: Boyacıya muayyen bir renk ile boyamak üzere kumaş teslim edip boyacının ittifak edilen renk türünden fakat başka bir boya kullanarak boyaması hâlinde olduğu gibi. Bu durumda kumaşın sahibi yine kumaşın kıymetini tazminat olarak ödetmek ile onu alıp ecr-i misli vermek arasında muhayyerdir.

Miktarda muhalefette de durum böyledir. Meselâ, bir kimse dokumacıya iplik teslim edip sık yahut ince, muayyen kalınlıkta dokumasını istese, o da fazlalık yahut eksiklik yaparak muhalefet etse, artış hâlinde kumaşın sahibi ipliğin mislini tazminat olarak ödetmek ile ipliği alıp tayin edilen ücreti ödemek arasında muhayyerdir. Eksik olması hâlinde iki rivayet vardır: Bu rivayetlerden birisi *el-Asl*'dadır. Bunun ifade ettiği şudur: Kumaş sahibi onu alıp dokumacıya hesabına göre ücret verir. Diğerinin de ifade ettiği şudur: Kumaş sahibinin ecr-i misil ödemesi gerekir. Sözü geçen bütün bu hususların delillerinin görülmesi mümkündür. Bunun için, maksadın idrak edilememesi halinde, *el-Bedâyi'* ve benzeri diğer kitaplara bakılabilir.

İş için icârede ayn'ın telef olması sebebiyle işçinin (ecîrin) ücretinin düşmesi:

Bundan önce müşterek ecîrin ayn'ı elinin altında hangi nitelik ile tuttuğuna dair cumhurun görüşünü görmüş bulunuyoruz. Buna göre onun elinde tutması "emanet yolu" iledir. O bakımdan telef olan ayn'ın tazminatı ancak teaddî etmesi, tecavüz etmesi yahut kusurlu olması hâlinde söz konusudur.

Cumhurun dışında kalanların -ki bunlar Malikîler ve Hanefî mezhebinden Ebu Yûsuf ile Muhammed'dir- görüşüne göre müşterek ecîrin ayn'ı elinde bulundurması "tazminat yolu" iledir. Telef olan şeyin tazminatını öder. İsterse bu konuda her hangi bir şekilde haddi aşmasın yahut kusuru bulunmasın. [2]

Kiralanan ayn'a gelince: İlim adamları arasında ücretle kiracı elinde onun

1- *el-Bedâyi'*, IV, 216 vd.; *el-Mebsût*, XV, 106; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 170; *Mecmau'd-Damânât*, 45 vd.

2- *el-Mîzân*, II, 95; *el-Muğnî*, V, 487.

emanet olduğu hususunda görüş ayrılığı yoktur. Her hangi bir kusuru olmadığı takdirde telef olursa, tazminatını ödemez. Çünkü o ayn'ı hak ettiği bir menfaati elde etmek maksadıyla kabzetmiştir. Bu durumda onun için bir emanet olur. [1]

Ecîrin elinde bulundurma şeklindeki görüş ayrılığına binaen iş icaresi akdinde ayn'ın telef olması ile ücret düşer mi?

Şafiîler şöyle demektedir: Ecîr, müstecirin mülkünde yahut onun huzurunda çalışacak olursa, onun ücretinin ödenmesi icap eder. Çünkü ecîr onun eli altındadır. Bir iş yaptıkça onu teslim etmiş olur. Şayet iş, ecîrin elinde bulunuyor ise, elindeki şeyin helâk olması sebebiyle ücrete hak kazanmaz; çünkü işini teslim etmiş değildir.[2]

Hanbelîler de Şafiîlerin görüşüne yakın kanaattedirler: Ecîrin elinde bulunanda yaptığı işten alacak ücreti yoktur. Çünkü henüz yaptığı işi müstecire teslim etmiş değildir; dolayısıyla işinin karşılığına hak kazanmamıştır. [3]

Hanefîlerin görüşü de yine buna yakındır. Fakat onların bu konudaki görüşlerinin biraz açıklanması gerekmektedir. Onlar şöyle demektedirler: Ecîrin üzerinde çalıştığı ayn ya ecîrin elindedir yahut müstecirin elindedir. [4] Şayet ayn ecîrin elinde bulunuyor ise iki durumu söz konusudur:

a) Eğer ecîrin işinin dikiş, boyama, beyazlatma gibi aynda açıkça görülen bir etkisi varsa, istenen etkinin teslimi ile ücretin ödenmesi icap eder. Şayet teslimden önce o şey, ecîrin elinde helâk olacak olursa ücret sakıt olur. Çünkü üzerinde akit yapılan iş –ki o da meselâ kumaşın dikilmesidir– teslim edilmemiştir. Bedel ise bu işe mukabildir. Yani mebî gibi olur.

b) Eğer ecîrin yaptığı işin aynda -hamal ve gemici gibi- görünen bir etkisi bulunmuyorsa mücerret işin sona ermesi ile ücretin ödenmesi gerekir. Velev ki, malın kendisi sahibine teslim edilmesin. Çünkü bedel bizatihi işe mukabildir. İcâre süresi sona erecek olursa iş bitirilmiş demektir. Bu durumda da sahibinin mülkü olan ayn'ı teslim etmiş olur. Artık bundan sonra telef sebebiyle de ücret düşmez.

Ücretin tahsil edilmesi için aynın alıkonulması:

Bundan önceki iki durumda hükmün farklılığına binaen Hanefîler şöyle demektedir: Eğer sahibinin mülkiyeti altında bulunan aynda işin bir etkisi var ise, ecîrin ücretini tahsil edinceye kadar ayn'ı alıkoyma hakkı vardır. Çünkü bedel istenen iş karşılığında hak edilir. Her hangi bir etkisi olmayan şeyde ise alıkoyma

1- *el-Muğnî*, V, 488; *el-Bedâyi'*, Iv, 210; *Câmiül-Fusûleyn*, II, 163; *el-Kavâninu'l-Fıkhıyye*, 273; *el Mühezzeb*, I, 408.
2- *el-Mühezzeb*, I, 409.
3- *el-Muğnî*, V, 487.
4- *el-Bedâyi*, Iv, 204 vd.; *Tebyinu'l-Hakâik*, V, 109 vd.; *İbni Abidîn*, V, 12.

hakkı sabit değildir. Çünkü üzerinde akit yapılan iş aynda değildir.

İşte bundan dolayı Hanefîler şöyle demiştir: Hamal ücretini tahsil etmek maksadıyla elinde bulunan malı alıkoysa ve bu sırada telef olsa tazminatını öder. Çünkü ayn onun elinde bir emanettir. Alıkoyması hâlinde ise gâsıp olur, gasp sebebiyle tazminatını öder.

Şayet üzerinde Çalışılan Ayn Müstecirin Elinde Bulunuyor İse: Ecîrin müstecirin mülkünde yahut onun elinde bulunan mülkiyetindeki bir avluda ve benzerinde çalışması hâlinde olduğu gibi, ecîr işini tamamladığı takdirde işini bitirdikten sonra ücretine hak kazanır. Şayet işini tamamlamayıp kısmen yapacak olursa işten bitirdiği kadarının ücretini hak eder ve yapılmış olan miktar işin sahibine teslim edilmiş olur. Şayet bir kimse evinde yahut eli altında bulunan bir yerde bir inşaat yapmak üzere birisini ücretle tutacak olursa, meselâ, evinde bir oda yahut bir sundurma yahut bir eyvan yapmak üzere veya bir kuyu, bir kanal, bir su arkını mülkünde, yahut elinde bulunan malda açmak üzere ücretle tutsa, o da bunun bir kısmını yapacak olsa, yaptığı iş kadarını ücretten isteme hakkına sahip olur.

Fakat işini tamamlamaya da mecbur edilir. Hatta bina yıkılacak yahut kuyu veya eyvan işin bitmesinden sonra çökecek olsa, ücretten bir şey düşülmez. İşin bitirilmesinden önce olursa, yapılan işin payı kadarını ödemesi icap eder.

Bu husus şundan farklıdır: Şayet yapılan iş müstecirin mülkiyetinde veya eli altında bulunmuyorsa bu durumda ücretin ödenme gereği işin tamamlanmasına bağlıdır. Ecîr işi teslim etmediği sürece, müstecir de üzerinde akitle anlaşılan şeyi kabzetmiş olmaz. Bu durumda ma'kudunaleyh teslimden önce bozulur veya telef olursa ücret de düşer.

Buna göre, bir kişi mülkiyetinde yahut elinde bulunan malda bir sıra duvar örmek üzere ücretle bir duvarcı tutacak olsa Ebu Hanife'nin görüşüne göre duvar sırası kuruyup dikilmeden önce, duvarcı ücrete hak kazanmadığı gibi; müstecir de o işe hak kazanmış olmaz. Çünkü bunlar işin tamamlanmasının kapsamı içerisindedir. Ebu Yûsuf ile Muhammed'in görüşüne göre ise, duvarları birbirine bağlamadıkça ücrete hak kazanmaz. Çünkü işin tamamlanması bununla mümkün olur. Bu görüş ayrılığı şu sonucu verir: Ebu Hanife'nin görüşüne göre dikilmesinden önce duvar sırası telef olursa, Ebu Yûsuf ile Muhammed'in görüşüne göre ise gereken şekilde kaynaştırılmasından önce telef olursa, işçinin alacak ücreti olmaz. Çünkü işin tamamlanmasından önce telef olmuştur. [1]

Şayet bu duvar, müstecirin mülkiyetinde yahut eli altında değilse, ecîrin ücrete hak kazanması, ancak bunun duvar sahibine teslimi ile mümkündür. Teslim ise ecîrin duvar ile müstecir arasında bir engel bırakmaması ile mümkündür. Bu engel bırakmama, Ebu Hanife'nin görüşüne göre duvarın tamamlanmasından

1- *el-Mebsût*, XVI, 58; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 110.

sonra, Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre de kaynaştırılmasından sonradır. Çünkü duvar sırası, iş ona teslim edilmedikçe müstecirin elinde olmuş sayılmaz. O bakımdan işin bitirilmesinden sonra da gerekli tahliyenin yapılması lazımdır.

Şu durum da buna benzer: Bir kimsenin evinde kendisine bir gömlek dikmek üzere ücretle tuttuğu bir terzi gömleğin bir kısmını dikerse onun için ücret söz konusu değildir. Çünkü böyle bir işin bir kısmından istifade edilemez. Şayet işini bitirip daha sonra telef olursa ücreti hak eder. Ebu Hanîfe'nin görüşüne göre de üzerinde tazminat yoktur. Çünkü sahibinin mülkünde bu meydana geldiği için, o yaptığı işi teslim etmiş olur. Ebu Yûsuf ile Muhammed'in görüşüne göre ise ayn tazminat altındadır. Onu gerçek sahibine teslim etmedikçe tazminatını ödemekten kurtulamaz. Şayet kumaş telef olursa sahibi dilerse kusursuz şekliyle kumaşın kıymetini tazmin ettirir ve bu durumda ücreti de olmaz; dilerse dikilmiş olarak kıymetini ödetir ve bu durumda ona ücret ödenir.

7. İcarede Akit Taraflarının İhtilaf Etmesi

İcâre akdinin tarafları bedelin yahut mübdelin (bedele karşılık olanın) miktarı hususunda ayrılığa düşecek olurlarsa ve eğer icâre sahih olarak akdolmuş ise, bu ayrılığın ya menfaatlerin tahsil edilmesinden önce yahut da menfaatlerin elde edilmesinden sonra olması söz konusudur. [1]

Eğer menfaatlerin tahsil edilmesinden önce ayrılığa düşecek olurlarsa, karşılıklı olarak yemin ederler, yani biri ötekine yemin ettirir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Alışveriş yapan iki kişi ayrılığa düşecek olurlarsa, karşılıklı olarak yemin ederler ve aldıklarını geri verirler."* [2]

İcâre bir satış türü olduğundan dolayı, hadis de onu kapsamına alır. Şayet karşılıklı olarak yemin edecek olurlarsa icâre fesholur. Birileri yemin etmekten imtina ederse, karşı tarafın iddiasını yerine getirmek zorundadır.

Onlardan her birisi iddiasına dair delil ortaya koyacak olursa, eğer ayrılık bedel hakkında ise müecirin deliline öncelik tanınır. Çünkü onun delili ücretin fazlalığını ispat eder. Şayet ayrılık mübdelde (bedele karşılık olanda) ise,

1- *el-Bedâyi'*, IV, 218 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 218; *el-Mebsût*, XVI, 10; *İbni Âbidîn*, V 51.

2- Bu hadisi dört *Sünen* sahibi, Ahmed ve Şafiî değişik yollardan farklı lafızlarla rivayet etmişlerdir. Bunlardan birisi şudur: *"Alıp satanlar aralarında anlaşmazlık olsa ve ikisi arasında bir delil bulunmasa mal sahibinin sözü kabul edilir yahut satışı geri çevirirler."* (İbni Mâce; *"Ve ayrıca satılan şey ayn'ı ile mevcut ise"* ifadesini de eklemektedir. İmam Ahmed de bir rivayette: *"Satılan şey olduğu gibi duruyorsa"* kaydını da eklemiştir. Bu hadisi Hâkim ve İbnü's-Seken *sahih* kabul etmiştir. *Nasbu'r-Râye*, IV, 5 vd.; *Neylü'l-Evtâr*, V, 223. Şevkâni şöyle demiştir: "Zahir olan şudur Satılan şeyin (mebînin) aynen kalması ile telefi arasında fark yoktur. Çünkü ayn'ın satılan şeyin olduğu gibi kalması şartını açıkça belirten rivayet delil gösterilmeye elverişli değildir. Telef olmakla birlikte geri vermek ise mislî olanın mislini, kıyemî olanın da kıymetini ödemek suretiyle gerçekleştirilebilir."

müstecirin deliline öncelik tanınır. Çünkü bu delil de menfaatin fazlalığını ispat eder.

Eğer akit tarafları, müstecirin menfaatin bir kısmını tahsil etmesinden sonra ihtilâf edecek olurlarsa, -kiralanan evde bir süre kalmak yahut kiralanan hayvana belli bir mesafe binmek hâlinde olduğu gibi- bu durumda geçmiş şeyler hakkında yemini ile birlikte müstecirin sözü kabul edilir. Daha sonraki için de karşılıklı olarak yemin ederler ve geri kalan hususlarda icâre fesholur. Çünkü menfaatler üzerinde yapılan akit, bu menfaatlerin peyderpey meydana çıkmalarına uygun olarak an be an gerçekleşir; menfaatin her bir kısmı üzerinde yeni bir akit yapılıyor, demektir. O bakımdan sürenin geri kalan kısmı ile geri kalan uzaklık, akitten ayrı ve bağımsız kabul edilir, onun hakkında taraflar yemin ederler.

Şayet ayrılıkları icâre süresinin sona ermesinden yahut üzerinde akdin gerçekleştiği mesafeye ulaşılmasından sonra ortaya çıkacak olursa, birbirlerine yemin ettirmezler ve bu durumda da bedelin miktarı hususunda, yemini ile birlikte müstecirin sözü kabul edilir; mücecirin üzerinde de yemin etmek yoktur. Çünkü tarafların yemin etmesi icarenin fesholmasına götürür. Mevcut olmayan menfaatlerin ise akdi feshetme ihtimalleri olmaz. O bakımdan her iki tarafın da yemin etmesi sabit olmaz.

Eğer terzi ile kumaş sahibi arasında ayrılık olur, kumaş sahibi terziye: "Ben senin bunu pardesü dikmeni istemiştim" derken terzi de: "Hayır, sen bu kumaştan gömlek dikmemi istemiştin" diyecek olsa yahut kumaş sahibi boyacıya: "Ben sana bunu kırmızıya boyamanı söylemiş iken sen bunu sarıya boyadın" dese, boyacı da: "Hayır, sarıya boyamamı istedin" dese, kumaş sahibinin sözü yemini ile birlikte kabul edilir. Şafiî mezhebinde daha tercihe şayan olan görüş de budur. [1]. Çünkü iznin aslı, maliktten sadır olmuştur. Şayet mutlak olarak izni kabul etmeyecek olursa, onun sözü kabul edilir. İznin niteliğini inkâr etmesi de aynı şeydir.

Malik bu durumda yemin edecek olursa, terzi tazminatı öder. Yani malik muhayyerdir. Dilerse terziye tazminatı ödetir, dilerse kumaşı alır ve terziye ecr-i misil öder. Bu muhayyerlik aynı şekilde boyama hakkında da söz konusudur.

Kumaşın sahibi ücretin varlığı hususunda sanatkâr ile ayrılığa düşecek olsa, kumaşın sahibi: "Sen bana bunu ücretsiz olarak yaptın" derken sanatkâr da: "Ücretle yaptım" diyecek olsa, Ebu Hanife'ye göre kumaş sahibinin görüşü tercih edilir. Çünkü o yapılan işin kıymet taşıdığını kabul etmemektedir. Çünkü bu işin kıymet taşıması akit ile olur. Ayrıca tazminatı da reddetmektedir. Sanatkâr ise bunu iddia etmektedir. Burada ise inkâr edenin sözü kabul edilir.

Ebu Yûsuf da şöyle der: Eğer aralarında bu işlem ücretle tekrarlanmış ise, sanatkâr ücreti hak eder, değilse etmez. Çünkü daha önce aralarında cereyan etmiş

1- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 354.

olan durumlar, ücret talep cihetini, aralarında mutat olana göre tayin eder.

İmam Muhammed şöyle der: Eğer sanatkâr bu işi ücret ile yapan birisi olarak tanınıyorsa, sanatkârın sözü kabul edilir. Çünkü o dükkânını ücret almak için açmıştır. Onun bu fiili ücret hakkında açık nas ayarında kabul edilir. Bu da işlerin zahirine göre alınması esasına göredir. el-Merginânî, *el-Hidâye*'de şu anlama gelen açıklamalarda bulunmaktadır: "Kıyas Ebu Hanife'nin dediğini gerektirir. Çünkü malik inkâr edicidir. Ebu Yûsuf ile Muhammed'in istihsanına dair cevaba gelince: Durumun zahiri hakkı defetmek için ele alınır, hak edişi defetmek için değil. Burada istenen ise hak edişin ispat edilmesidir." (1) Fakat bunu ispat etmek için mücerret olarak durumun zahirine yahut karineye başvurmak yeterli değildir. Aksine delil ve ikrar gibi daha güçlü bir vasıtanın bulunması kaçınılmazdır.

8. İcâre Akdinin Sona Ermesi

1- İcârenin niteliği bahsinde de gördüğümüz gibi icâre, Hanefîlere göre akit taraflarından birisinin ölümü ile sona erer. Çünkü miras, mevcut ve mülkiyet altında olan şeylerde cereyan eder. İcârede menfaatler peyderpey ortaya çıktığından dolayı, miras bırakanan ölümü hâlinde yok kabul edilirler. O, bunlara malik olmadığı sürece, bunları miras bırakması da imkânsızdır. O bakımdan icâre akdinin mirasçı ile tekrar yenilenmesi gerekir. Ta ki akit malik ile var olabilsin. Eğer akdi yapmak için vekil olan kişi ölür ise, icâre batıl olmaz. Çünkü akit onun lehine vaki olmuş değildir, o akdi yapan bir kişidir. Şayet sütanne yahut ondan süt emen çocuk ölecek olursa, icâre de son bulmuş olur, çünkü bunların her birisi, lehine akit yapılan bir taraftır.

Cumhur ise şöyle demektedir: Akit taraflarından birisinin ölümü ile icâr akdi fesholmaz. Çünkü bu satış gibi lâzım bir akittir. Yani müstecir akit ile menfaatlere, bir tek defada lâzım olmak üzere mâlik olmuştur. O bakımdan bu menfaatler ondan miras alınır, fakat icâre süt annenin yahut çocuğun ölümü ile fesholur. Çünkü mahallinin telef olması ile menfaat -ki bu süt annedir- ortadan kalkmıştır ve üzerinde akit yapılan şeyin tahsiline imkân kalmamaktadır. Çünkü bu çocuktan başkasını onun yerine koyma imkânı yoktur. (2)

2- İcâre aynı şekilde ikale ile de sona erer. Çünkü icâre malın mal ile ivazlı olarak verilmesidir. O bakımdan icârenin de satış gibi ikaleyi kabul etmesi söz konusudur.

3- İcâre, ev yahut binek gibi muayyen olan ve kiralanan ayn'ın telef olması ile de sona erer. Dikilmek üzere ücretle verilen kumaş yahut beyazlatıcıya (kassara) verilen kumaş gibi. Üzerinde yapılması için ücretle anlaşılan şeyin telef olması

1- *el-Hidâye*, III, 201.

2- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 227; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 30; *el-Mühezzeb*, I, 406; *el-Muğnî*, V, 456; *e Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 278.

hâlinde de durum böyledir. Çünkü telef olduktan sonra ma'kûdunaleyhin elde edilmesine imkân kalmamıştır; akdin kalmasında da bir fayda olmaz. Şayet icâre, taşımak yahut binmek için muayyen olmayan bir takım binekler hakkında söz konusu olup müstecir binekleri teslim alsa ve bu hayvanlar da telef olsa, icâre batıl olmaz. Müeccirin eşyayı taşımak üzere başkalarını vermesi gerektiği gibi, akdi feshetmek hakkı da yoktur. Çünkü icâre zimmette bulunan bir takım menfaatler hakkında gerçekleşmiştir ve bu durumda müeccir akit ile yerine getirmeyi kabul ettiği şeyi yerine getirmekten âciz değildir. Bu da eşyanın filân yere taşınması şeklinde bir iştir. Bu konuda dört mezhebin de ittifakı vardır. [1]

Zeylaî, İmam Muhammed b. el-Hasan'ın görüşünü alarak şöyle demektedir: Esah olan, icârenin böyle bir durumda fesholmayacağıdır. Çünkü menfaatler geri dönmesi tasavvur edilebilecek bir şekilde ortadan kalkmıştır. Evin arsası, yapının yıkılmasından sonra, meselâ çadır ve benzeri şey dikmek suretiyle mesken olarak kullanılabilir. Görüldüğü kadarıyla Hanefîlerdeki bu görüş daha sahihtir. Yani icâre zorlayıcı güç sebebiyle fesholmaz; evin tamamen yıkılması hâlinde olduğu gibi. Bunun delili ise *ed-Dürrü'l-Muhtâr* müellifinin zikredip İbni Âbidîn'in desteklediği şu hükümdür: Eğer ev harap olur ise ücretin tümü sakıt olur ve müstecir tarafından fesholunmadığı sürece bundan dolayı da fesholmaz. Esah olan görüş budur. İbni Âbidîn ise şunu eklemektedir: Evin tamamen yıkılması hâlinde, müstecirin, müeccir hazır olmadığı hâlde bile feshetme yetkisi vardır ve kendisi feshetmedikçe kendiliğinden fesholmaz, sahih olan budur. Çünkü o arazi üzerinde çadır kurmak mümkündür.

4- Özür olması hâli müstesna, icâre sürenin sona ermesiyle sona erer. Çünkü belli bir süreye kadar sabit olan bir şey, o nihaî sürenin var olması ile sona erer. Bu durumda icâre, sürenin sona ermesi ile fesholur. Ancak ortada sürenin bitmesi, arazide biçilmeyen ekinin bulunması gibi bir özür olması hâli müstesnadır. Bu durumda ecr-i misil ile hasadı yapılıncaya kadar bırakılır. [2] Genel olarak sürenin sona ermesi ile icârın da sona ereceği üzerinde fakihler tarafından ittifak edilmiştir.

1- *el-Bedâyi'*, IV, 196, 223; *Tebyînu'l-Hakaik*, V, 144; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 220; *İbni Âbidîn*, V, 30, 53; *el-Ferâidu'l-Behiyye*, 84; *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 228; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV 29; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 277; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 357; *el-Mühezzeb* I, 405; *el-Muğnî*, V, 41[illegible] 421, 434; *Gâyetü'l-Mühtehâ*, II, 210.

2- *el-Bedâyi'*, a.y.; *Gâyetu'l-Mühteha*, II, 218.

CİÂLE (MÜKÂFAT VADİ)

1. Tarifi ve Meşruluğu

Tarifi: Ciâle, *cu'l* yahut *caîle* sözlükte; "Bir kişi için bir işi yapması mukabilinde tayin edilen yahut bir kişiye yaptığı iş için verilen şey" demektir. Beşerî hukukçularca buna mükâfaat vadi (yani mükâfat yahut yardımcıya verilen ücret) denilmektedir. Bu ciâle bir tek irade ile yapılan bir akit yahut bir iltizamdır (yükümlülük, sorumluluk altına girmektir.)

Şer'an ciale, muayyen yahut bilinmesi zor meçhul bir iş karşılığında belli bir ivazı (bedeli) kabul edip yüklenmek demektir. [1]

Malikîlerin tarifi şöyledir: [2]: Ciâle; gerçekleşmesi ihtimal dahilinde bulunan bir menfaate karşılık bir icaredir. Meselâ, bir kişi: Kim kaçmış bulunan bineğimi yahut kaybolmuş malımı bana geri getirirse veya kim bu duvarı yapar, yahut suyu bulana kadar bu kuyuyu benim için kazarsa yahut her kim bana bir gömlek yahut bir elbise dikerse ona şu kadar vereceğim, demesi buna örnektir.

Bazı türlerinde ciâle; ilk başarı sağlayan kimseler için yahut müsabakanın helâl olduğu hususlarda yarışmacılar için veya komutanın düşmana ait bir kaleye baskın düzenleyen yahut belli sayılardaki uçak düşüren kimseler için ganimetten ayırmayı taahhüt ettiği muayyen bir miktar yahut pay olarak tahsis edilen mükâfaattır.

Yine ciâlenin, bir kısmı, muayyen bir hastalıktan bir hastayı şifaya kavuşturacak olan doktora yahut oğluna Kur'ân'ı ezberletecek öğretmene mali bir meblâğı yüklenmekle de olur.

Fakihler genellikle kaybolmuş bineği ve kaçmış köleyi geri çevirmek halleri-

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 429; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 225; *eş-Şerhu's-Sağîr,* IV, 79.
2- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 275; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 60; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 232.

ni misal verirler.

Meşruluğu: Hanefîlere göre ciâle [1] taşıdığı garar sebebiyle caiz değildir. Yani ciâlede işin ve müddetin bilinmemesi söz konusudur. Bunu caiz kabul etmemeleri, ciâleyi yapılacak işin, kiraya verilen şeyin, ücretin ve müddetin bilinmesinin şart olduğu diğer icarelere kıyaslamaları dolayısıyladır. Onlar sadece kaçmış köleyi (abık) [2] geri çeviren kimseye istihsânen mükâfat verilmesini caiz kabul ederler. Şart koşulmasa dahi bu böyledir. Bu geri çevirmenin ise üç günlük süre kadar bir uzaklıktan ve daha fazlasından olması gerekir. Ödenecek mükâfaat ise kırk dirhemdir ve bu yolculuk süresindeki masrafları karşılamak için kabul edilmiştir. Eğer bundan daha kısa bir süre içerisinde geri çevirecek olursa ona göre hesap edilir. Daha az süreye de daha çok olan süre için takdir edilen miktara göre ciâlesi tayin edilir. Eğer meselâ, iki günlük süreden köleyi geri getirecek olursa üçte ikisini, bir günlük süreden geri getirecek olursa üçte birini alır. Bundan daha aşağı bir uzaklıktan geri verirse yahut aynı beldede onu bulacak olursa yaptığı işe uygun bir miktar verilir. Ciâleye hak kazanmanın sebebi ise, köleyi alıp sahibine götürmektir. Bu şekilde mükâfaatın ödenmesi, malikin kendi malını koruması için bir yoldur.

Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere göre ise ciâle şer'an caizdir. [3] Bunun delili ise Hz. Yusuf'un kardeşleri ile olan kıssasında yer alan Yüce Allah'ın şu buyruğudur: *"Dediler ki: "Hükümdarın su kabını kaybettik, onu getirene bir deve yükü var; ben de buna kefilim."* (Yûsuf, 72) Ayrıca sünnette de bunun delili vardır. Çünkü Fatiha suresi ile okuyup tedavi etmek karşılığında ücret alındığına dair rivayet sabit olmuştur. Bu hadis-i şerifi ise, İmam Ahmed ile Neseî müstesna, Kütüb-i Sitte musanniflcri rivayet etmişlerdir. Ebu Said el-Hudrî'den gelen bu rivâyete göre: *"Resulullah (a.s.) ashabından bir grup kimse: Arap kabilelerinden birine uğradılar, ancak bu kabile halkı onları misafir etmediler. Bu sırada o kabilenin efendisini yılan soktu. Bunun üzerine: "aranızda okuyacak tedavi eden var mı?" diye sordular. Ashab: " Bizi misafir etmediniz, o bakımdan sizi tedavi etmeyiz yahut bunun karşılığında bize bir şey verirsiniz." dediler. Bunun üzerine onlara bir koyun sürüsü tayin ettiler. Birisi Fatiha'yı okumaya ve tükürüğünü toplayıp tükürmeye başladı. Adam iyileşti. Onlara koyun sürüsünü getirdiler. Ashab-ı Kiram, Resulullah (a.s.)'a sormadan sürüyü almayız, dediler. Resulullah (a.s.)'a durumu sordular, o da güldü ve: "Sen Fatiha süresinin bir tedavi olduğunu nereden bildin?" dedi ve devamla: "O sürüyü alınız ve ondan bana da bir pay ayırınız." buyurdu."* [4]

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* III, 243, 355-359; V, 6, 32; *el-Bedâyi',* VI, 203-205; *el-Lübâb Şerhu'l-Kitâb* II, 217 vd.

2- *İbâk,* kölenin isyan edip kaçmasıdır. İster kendisini ücretle tutandan kaçsın ister yanında emanet bırakıldığı kimsenin yanından veya onu ariyet alandan yahut onun üzerinde vasî olandan kaçsın, farketmez.

3- *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 233; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye, eş-Şerhu'l-Kebîr,* aynı yerler; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 429; *el-Muğnî,* V, 656; *Keşşâfu'l-Kınâ',* Iv, 225; *el-Mühezzeb,* I, 411.

4- *Neylü'l-Evtâr,* V, 289.

Aklen de ciâlenin caiz olması, uygun görülmektedir. Çünkü kaybolmuş bir şeyi, kaçmış bir köleyi geri çevirmek, kişinin yapamayacağı bir işi yapabilmesi için ciâleye ihtiyaç duyulur. İşte bundan dolayı icâre ve mudarebe gibi ciâlenin de verilmesi caiz görülmüştür. Ancak yapılacak işin ve süresinin bilinmemesi icâreden farklı olarak buna zarar vermez. Çünkü ciâle lâzım olmayan bir akit iken, icâre lâzım bir akittir ve süresinin tayin edilmesine ihtiyaç vardır.

2. Sigası

Ciâle, tek bir irade ile bir iltizam (o işi yüklenme) olduğundan ancak câil (mükafaat vadinde bulunan kişi) tarafından yapılacak bir siga ile tahakkuk edebilir. [1] Bunun için de tarifinde geçen sigalar (kipler) ve benzerleri kullanılır. Kullanılan bu sigaların açık bir talep ile o işin yapılmasına izin verildiğine ve bunun karşılığında da âdeten maksat olarak gözetilen ve ödenmesi kabul edilen belli bir bedel tespit edilir. Eğer âmil, izinsiz olarak çalışacak olursa yahut câil (mükafaat vadinde bulunan) bir kişiye izin verip de başkası da çalışacak olursa, onun için bir şey yoktur. Çünkü birinci örnekteki kişi, teberru olsun diye çalışmıştır; ikinci durumda ise tayin edilen kişi çalışmamıştır. Câil'de malik olması şartı aranmaz. Başkası adına belli bir ciâleyi üstlenmesi sahih olur. Bu durumda o şeyi geri getiren âmil (işi yapan) mükâfata hak kazanır.

Aynı şekilde câil tayin edecek olsa dahi, âmilin kabul etme şartı yoktur. Çünkü ciâle açıklamış olduğumuz gibi tek taraflı bir iltizamdır. Ciâlenin belirli bir kişi için olması da belirli olmayan hakkında olması da sahihtir. Aynı şekilde câilin belli kimseye bir ivaz diğer insanlara da bir başka ivaz tespit etmesi de sahih olur.

3. Ciâle ile İş İçin Yapılan İcâre Arasındaki Fark

Ciâle, bir inşaat yapmak, bir elbise dikmek, bir şeyi muayyen bir yere kadar taşımak gibi bilinen bir iş için icareden, dört yönden ayrılmaktadır. [2]

1- Kaçanın geri çevrilmesi, hastanın iyileşmesi gibi iş tamamlanmadıkça câilin menfaati tamamıyla elde etmesi gerçekleşmez. İcârede ise, müstecir için ecîrin yaptığı iş kadar menfaatin elde edilmesi söz konusudur. Diğer bir ifade ile ciâlede malikin lehine menfaat, iş tamamlanmadıkça gerçekleşmez. İcarede ise müstecir için işin bir kısmı ile menfaat tahakkuk eder. Buna göre iş tamamlanmadıkça ci'alede âmil her hangi bir şeye hak kazanmaz. Fakat icarede ecîr işin bir kısmını yapacak olur ise, yaptığı iş miktarı yahut onun hesabı ile ücretten o kadarını hak eder.

2- Ciâle garar aldanma ihtimali bulunan bir akittir. İcareden farklı olarak yapılacak işin ve sürenin bilinmemesi caizdir. Ciâlede iş bazen bilinebilir, bazen bi-

1- *Muğni'l-Muhtâc*, I, 411; II, 429 vd.; *el-Muğni*, V, 658; *eş-Şerhu's-Sağîr*, IV, 81; *eş-Şerhu'l-Kebîr* Iv, 60.

2- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 275 vd.; *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 233; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 430; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, IV, 225 vd.; *el-Muğnî*, V, 657 vd.

linmeyebilir; kaybolmuş bir hayvanı geri getirmek ve su çıkıncaya kadar kuyuyu kazmak gibi. Ciâle meçhul yahut malum olan bir iş için sahih olduğu gibi, sürenin bilinmemesi de sahihtir. İcârede ise yapılacak işin, elbise dikmek, bina yapmak gibi belli olması zaruri olduğu gibi; sürenin de bilinmesi lazımdır. Şayet icare süre ile tayin edilecek olursa, sürenin tümünde ecîr çalışmak zorundadır. Fakat o süreden sonra çalışmak zorunda değildir. Ciâlede ise önemli olan süre kaydı söz konusu olmaksızın işi yapmaktır.

3- İcâreden farklı olarak ciâlede ücretin peşin ödenmesinin şart koşulması caiz değildir.

4- Ciâle lâzım olmayan caiz bir akittir. İcareden farklı olarak feshedilmesi caizdir; çünkü icare lâzım bir akittir feshedilmez.

4. Ciâlenin Şartları

Ciâlede aşağıdaki şartlar aranır [1]

1- Akdi yapanın ehliyeti: Câilin ister malik olsun, ister başkası olsun mutlak tasarruf sahibi olması şarttır (bâliğ, âkil ve reşit olmalıdır.) Dolayısıyla küçüğün, delinin ve sefihlik dolayısıyla hacir altında bulunanın ciâlesi sahih olmaz. Âmilin de şayet muayyen ise, çalışma ehliyetinin bulunması şarttır. İş yapamayacak kadar küçük çocuk gibi çalışmaktan âciz olması sahih olmaz. Çünkü böyle birisinin menfaati olmaz. Eğer muayyen olmayan müphem birisi olur ise, onun ciâlenin sesli olarak ilân edildiğini bilmesi yeterlidir.

2- Ciâlenin (yahut ücretin) bilinen bir mal olması: Eğer tayin edilen bu ücret belli değil ise, ivazın bilinmemesi dolayısıyla akit fasit olur. Meselâ, bir kimse benim elbisemi bulan kişiye bir elbise vereceğim yahut onu razı edeceğim ve buna benzer ifadelerde bulup geri getirene ecr-i misli verilmesi gerekir; fâsit icârede olduğu gibi.

Eğer tayin edilen ücret, şarap yahut gasbedilmiş mal gibi haram bir şey olursa, şarabın ayn'ı ile necis olması dolayısıyla gasbedilmiş olan şeyin de teslim edilmemesi dolayısıyla akit fasittir.

3- Menfaatin hakikaten bilinir olması ve şer'an kendisinden yararlanmanın mübah olması gerekir. Dolayısıyla bir kişideki cinlerin çıkartılması için ciâle, meselâ bir büyüyü çözmek için ciâle caiz değildir. Çünkü cinin çıkıp çıkmadığının bilinmesi sihrin çözülüp çözülmediğinin bilinmesi mümkün değildir. Aynı şekilde şarkı söylemek, çalgı çalmak, ölü için ağıt yakmak ve diğer haram şeyler türünden olan menfaati haram şeyler için de ciâle caiz değildir. Bu husustaki kaide şudur: [2] İcarede karşılığında ivaz alınması caiz olan bütün işler mukabilinde ciâlede de ivaz

1- *el-Kavâninu'l-Fıkhıyye*, 276; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 430 vd.; *el-Mühezzeb*, I, 411; *el-Muğnî*, V, 656 vd., 660; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, IV, 225-228; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, Iv, 64; *eş-Şerhu's-Sağîr*, IV, 81.
2- *Keşşâfu'l-Kınâ'*, IV, 228; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 63 vd.; *eş-Şerhu's-Sağîr*, Iv, 84.

almak caizdir. İcarede ivaz almanın caiz olmadığı işlerde de mükâfatı almak caiz değildir. Çünkü yüce Allah: *"Günah ve düşmanlık üzere yardımlaşmayınız."* buyurmuştur. Malikîler ek olarak şöyle demektedirler: Düzlükte kuyu kazmak gibi mükafaat vaadinin caiz olduğu her işte de icare caizdir; fakat aksi caiz değildir. Yani icarenin caiz olduğu her hususta ciâle caiz olmaz. Meselâ, bir takım malların (sila') [1] satılması, bir ay süre hizmet, mülk arazide kuyu kazmak gibi işlerde icare sahih olmakla birlikte; ciâle sahih olmaz. Buna göre icare, ma'kudunaleyhin mahalli bakımından daha umumidir. Sözü geçen hususlarda ciâlenin sahih olmayış sebebi ise şudur: Ciâle mükâfat vaadinde bulunan (câil) için iş tamamlanmadıkça menfaatin söz konusu olmadığı şeyler hakkında olur. Bu gibi hususlarda ise âmil işi tamamlamadığı takdirde câil için bir menfaat kalmaya devam eder.

Namaz, oruç ve buna benzer Allah'a yaklaştırıcı ve menfaati onları işleyenden başkasına olmayan dinî amellerde ise bunlar için mükâfat almak caiz değildir.

Ezan, fıkıh öğretmek, Kur'ân öğretmek, hakimlik ve fetva vermek gibi faydası başkalarına da dokunan işler için ise mükâfat almak caizdir. Çünkü az önce gördüğümüz Fatiha suresi okuyarak tedaviye dair Ebu Saîd el-Hudrî'nin rivayet ettiği hadis bunu gerektirmektedir.

Malikîlerce meşhur olan görüşe göre câil için maksat olarak gözetilen bir menfaatin gerçekleştirilmesi lazımdır. Meselâ, bir dağa çıkan kimseye oradan getirecek bir şey için olmaksızın bir dinar mükâfat vaad eden bir kimsenin bunu sorumluluğuna alıp kabul etmesi de sahih değildir; böyle bir ciâle de sahih olmaz. Yapılacak işte Şafiîler, bir külfetin olmasını şart koşarlar; aksi takdirde hiç bir şeye hak kazanmaz. Çünkü her hangi bir külfeti olmayan şeye karşılık bir ivaz verilmez.

4- Malikîler ciâle için bir süre tespit edilmemesini şart koşmuşlardır. Başkaları ise şöyle demektedir: Müddetin takdiri ve yapılacak işin tayininin bir arada söylenmesi sahihtir. Meselâ, bir kişinin kim bana bu elbiseyi bir günde dikecek olursa, ona şunu vereceğim, demesi gibi. Eğer tayin edilen süre içerisinde o elbiseyi diker getirirse; vaad edilen mükâfaata hak kazanır. Fakat bir başka şey ödemesi lâzım değildir. Eğer bu süre içerisinde bunu yapamayacak olursa elbiseyi dikene bir şey ödemesi lâzım değildir. Bu ise icarenin hilâfınadır.

5- Malikîler beşinci bir şart daha eklerler: Ciâle, kaçmış pek çok deve gibi birden çok olsa dahi, basit işlerde olmalıdır.

5. Ciâlenin Hükmünün Niteliği ve Vadedilen Mükâfata Hak Kazanma Zamanı

Ciâlenin caiz olduğunu kabil eden fakihler, ittifakla ciâlenin icare akdinin ak-

---

1- Elbise yahut deve gibi bir takım malların karşılığında âmilin ancak hepsini satması hâlinde ciâle almasının söz konusu olduğu şeylerin satılması. Çünkü malların birden çok olması birden çok akit ayarındadır. Bu durumda o, her bir mala ait olan işin bitmesi ile vadedilen mükâfaatı hak eder.

sine lâzım (bağlayıcı) olmayan caiz bir akit olduğunu kabul etmişlerdir. [1] Buna göre, malik de âmil de icareyi feshetme imkânına sahiptir; ancak fakihler feshin ne zaman caiz olacağı hususunda farklı görüşlere sahiptirler. Malikîler şöyle demektedir: İşe başlamadan önce fesih caizdir. İşe başlamak suretiyle de câil (mükâfat vaadinde bulunan) için akit lâzım olur. Kendisi için ciâle tespit edilen âmil ise, gerek işe başlamadan önce gerek daha sonra gerekse de fiilen işe başladıktan sonra her hangi bir şeyi yerine getirmek zorunda değildir.

Şafiîlerle Hanbelîler şöyle demektedir: Şirket ve vekâlet türü sair akitler gibi, işin tamamlanmasından önce câilin (mükâfaat vadedenin) ve mec'ûlünlehin (lehine mükâfat vadedilen kişinin, âmilin) dilediği vakit feshetmesi caizdir. Şayet, malik yahut belirli âmil işe başlamadan önce yahut âmil işe başladıktan sonra akdi feshedecek olursa, her iki durumda da onun alacak bir şeyi olmaz. Çünkü birinci durumda bir şey yapmış değildir, ikincisinde ise malikin maksadı tahakkuk etmemiştir. Şayet malik işe başladıktan sonra ciâleyi feshedecek olursa, malikin amile ecr-i misil ödemesi gerekir. Şafiîlerce esah kabul edilen görüşe göre bu böyledir. Çünkü bu, bir ivaz karşılığında iş yapmış ve işinin karşılığını ona teslim etmemiştir. Nitekim işe başladıktan sonra mal sahibi mudarebe akdini feshedecek olursa yine durum böyledir. Âmil işi tamamlamak suretiyle mükâfatı yahut tayin edilen ücreti hak eder. Şayet âmil işin bitirilmesinden önce feshedecek olursa, hiç bir şeye hak kazanmaz.[2]

Eğer malik, kaybedilen malın geri verilmesi için bir mekân tespit etmişse, âmil de ondan daha yakın olan bir yerde onu geri verecek olursa, Şafiîlerin görüşüne göre tayin edilen ücretten hak ettiği payı alır. [3]

Bir malın geri çevrilmesinde iki kişi ortaklaşacak olurlarsa, mükâfatta da ortak olurlar, çünkü ikisi tarafından geri getirilmiştir. [4]

Şayet âmil, kendisi için mükâfat konulmuş olan şeyi geri verecek olursa, ciâleyi kabzetmek için onu alıkoyma hakkına sahip değildir. Nitekim malikin izniyle onun için yaptığı harcamayı tahsil etmek için de alıkoyamaz. Çünkü mükâfatı hak edebilmek, o şeyin teslimi ile mümkündür. Hak etmekten önce de onu alıkoyamaz.[5]

1- *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 233; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 60, 65; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 433; *el-Mühezzeb* I, 412; *Keşşâfu'l-Kınâ',* Iv, 228; *el-Muğnî,* V, 657.

2- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 275; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 61; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 433; *el-Mühezzeb,* 412; *Keşşâfu'l-Kınâ',* II, 225; *el-Muğnî,* V, 658.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 431.

4- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 61; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 431; *el-Muğni,* V, 658.

5- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 434.

6. Ciâlenin Artırılma ve Eksiltilmesi

Şafiîlerle Hanbelîlerin görüşüne göre [1] câil olan malikin tayin ettiği mükâfatı artırması yahut eksiltmesi caizdir. Çünkü ciâle lâzım olmayan bir akittir; dolayısıyla müdarebede olduğu gibi, ciâlede de caizdir. Ancak Şafiîler bunu işin bitirilmesinden önce -ister işe başlanılmış olsun ister başlandıktan sonra olsun- yapılmasını caiz kabul ederler. Meselâ, bir kimse: "Benim filân eşyamı bana geri getirene on lira var" dese sonra da: "Hayır, beş lira" diyecek olsa yahut bunun aksini söyleyecek olsa caiz olur. Bunun faydası işe başladıktan sonra ortaya çıkar. O takdirde ecr-i misil icap eder. Çünkü böyle bir artırma yahut eksiltme önceki ilânı fesihtir. Malikin yaptığı fesih ise ecr-i misle geri dönmeyi gerektirir.

Hanbelîler ise bu şekilde bir düzeltmenin işe başlamadan önce yapılması kaydını getirmişlerdir; bu durumda bu caizdir ve bu değişiklikle amel olunur.

7. Malik ve Âmilin İhtilâf Etmelerinin Hükmü:

Malik ile âmil arasında ihtilâf ortaya çıkacak olursa hangisinin yemini ile birlikte sözü kabul edilir? Durumun değişikliğine göre hüküm değişebilmektedir. [2] Eğer onlardan birisinin inkâr etmesi gibi, mükâfatın aslının şart koşulmasında ihtilâf edecek olurlarsa inkâr eden yemini ile tasdik edilir. Meselâ, âmil: "Bana mükâfat vermeyi vadettin" diyecek olsa, malik de bunu kabul etmeyip inkâr edecek olsa, yemin etmekle birlikte malik tasdik olunur.

Aynı şekilde âmilin çalışması hususunda aralarında ihtilâf edecek olurlarsa inkâr eden tasdik edilir. Meselâ, malik: "Onu geri getirmedi, kendiliğinden geri geldi" diyecek olsa, malik tasdik edilir. Çünkü asıl olan geri çevirmemektir.

Şayet mükâfatın miktarında yahut mesafenin miktarında veya kaybolan şeyin bulunması için tespit edilen yerde ihtilaf edecek olurlarsa, Malikîlerle Şafiîler, her iki taraf da yemin ederler, akit fesholur ve ecr-i misil icap eder, derler; tıpkı icare akdinde ihtilâf etmeleri hâlinde olduğu gibi.

Hanbelîler ise şöyle demektedir: Malikin yemini ile birlikte sözü kabul edilir. Çünkü aslolan, hakkında ihtilâf edilen fazlalığın olmamasıdır. Çünkü ivazın aslında da, miktarında da onun sözü kabul edilir. Mudarebede mal sahibinin durumunda olduğu gibi. Diğer taraftan o, kendisinin itiraf ettiğinden fazla olarak âmilin iddiasını inkâr etmektedir. Aslolan ise onun bundan beri olmasıdır. Semenin miktarında satıcıların ihtilâf etmeleri, ücretin miktarında ecîr ile müstecirin ihtilâf etmeleri hâlinde olduğu gibi, her iki tarafın yemin etmeleri de muhtemeldir. Yemin edecek olurlarsa, akit fesholur ve ecr-i mislin verilmesi icap eder.

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 433 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 412; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 229.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 64; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 434; *el-Mühezzeb,* I, 412; *el-Muğnî,* V, 660; *Keşşâfu'l-Kınâ'* IV, 229.

MAL ŞİRKETLERİ

1. Şirketin Tarifi ve Meşruluğu

Tarifi: Şirket, sözlükte karışıp bir arada olmak yani iki malı birbirinden ayırdedilmeyecek şekilde karıştırmak demektir. Daha sonra bu kelime cumhur tarafından iki payın karışması söz konusu olmasa dahi, buna has akit hakkında kullanılmaya başlanmıştır. Çünkü akit, karıştırmanın sebebidir. [1]

Terim olarak tanımı hususunda fakihlerin kullandıkları ifadeler arasında farklılık bulunmaktadır. Malikîler şöyle demektedir: Şirket, tasarruf hususunda birlikte veya ayrı ayrı her ikisine de tasarruf izninin verilmesidir. Yani iki ortaktan her birisinin diğerine -her birinin tasarruf hakkını baki tutmakla birlikte- her ikisine ait olan malda tasarruf iznini vermesidir. [2]

Hanbelîler de şöyle demektedir: Şirket, hak edilen bir şeyde yahut tasarrufta bir arada bulunmakdır. [3]

Şafiîler ise şöyle demektedir: Şirket, bir şeyde şüyû (ortaklık) şeklinde iki ve daha fazla kişinin hakkının sabit olması demektir. [4]

Hanefîler de şöyle demektedir: Şirket, sermaye ve kârda ortaklar arasındaki akitten ibarettir. [5] Bu en uygun tarif olarak görülmektedir. Çünkü akit olması açısından şirketin hakikatini ifade eden bir tariftir. Diğer tarifler ise şirketin hedefi, etkisi yahut şirkete bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar nazar-ı itibara alınarak yapılmıştır.

1- *Fethu'l-Kadîr ma'a'l-İnaye,* V, 2; *Tebyîü'l-Hakâik,* III, 312.
2- *eş-Şerhu'l-Kebîr -Desûkî Haşiyesi ile-* III, 348.
3- *el-Muğnî,* V, 1.
4- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 211; *Kalyûbî ve Amîra Haşiyesi,* II, 332.
5- *Reddü'l-Muhtâr,* III, 364.

Meşruluğu: Şirketin meşruluğu Kitap, sünnet ve icma ile sabittir.

Kitap'tan meşru olduğunun delilleri Yüce Allah'ın şu buyruklarıdır: *"O hâlde onlar... üçte birde ortaktırlar."* (Nisa, 12); *"Muhakkak ortakların çoğu birbirlerine haksızlık ederler. İman edip salih amel işleyenler müstesna. Öyle kimseler de zaten çok azdır."* (Sad, 24)

Sünnetten deliline gelince: Ebu Hureyre (r.a)'nin rivayet ettiği kudsî hadiste Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Biri ötekine hainlik etmedikçe ben iki ortağın üçüncüsüyüm. Eğer hainlik ederse aralarından çıkarım."* Bu hadisi Ebu Dâvud ve Hakim rivayet etmiştir. Hakim isnadının sahih olduğunu belirtmiştir. [1] Manası şudur: "Ben, koruyup gözeterek yardımcı olmak suretiyle onlarla birlikte olurum. Mallarında onlara yardımcı olur, ticaretlerine bereket ihsan ederim. Aralarında hainlik söz konusu oldu mu, ben de bereket ve yardımı üzerlerinden kaldırırım."

Resulullah (a.s.) Peygamber olarak gönderildiğinde insanlar şirket muamelelerinde bulunuyorlardı. O da onlara her hangi bir şekilde müdahale etmemiştir. Nitekim bu husus pek çok hadis-i şerifte sabittir. [2] Hz. Peygamber de şöyle buyurmuştur: *"Biribirlerine hainlik etmedikçe Allah'ın eli iki ortağın üzerindedir."* [3]

Müslümanlar da genel olarak şirketin caiz oluşu üzerinde icma etmekle birlikte, bazı türlerinde farklı görüşlere sahiptirler. [4] İşte bundan dolayı biz de şirketin türlerine göre açıklamalarda bulunacağız.

2. Şirketin Taksimi

Şirket, beşerî kanunlarda mecburî şirketler diye bilinen *emlâk şirketi* ve ihtiyari şirketler diye bilinen *akit şirketi* olmak üzere iki çeşittir.

Emlâk Şirketi: İki ve daha fazla kişinin şirket akdi olmaksızın bir ayn'ı mülk edinmeleridir. Bu da iki türlüdür: [5]

1- İhtiyarî şirket: Bu, ortakların kendi fiilleri ile meydana gelir. Meselâ, bir şeyi satın alır yahut ikisine bir şey hibe edilir veya bir şey vasiyet edilir, onlar da kabul ederlerse, beraber satın aldıkları yahut kendilerine hibe ve vasiyet edilen şey ikisi arasında mülk şirketi olarak ortak olur.

2- Mecburî şirket: Kendi fiilleri olmaksızın iki ve daha fazla kişi lehine sabit

1- İbnü'l-Kattân bu hadisin, Saîd b. Habbân'ın durumunun bilinmediğini belirterek *illetli* olduğuna işaret etmiştir. İbni Hibban ise Said b. Hibbân'ı sikâttan saymaktadır. EBu Dâvud ve el-Münzirî ise bu hadis hakkında bir şey söylememişlerdir. Buna yakın bir hadisi Ebu'l-Kasım, *et-Tergib ve't-Terhîb*'de Hakîm b. Hizâm'dan rivayet etmiştir. *Câmiü'l-Usûl,* VI, 108; *Neylü'l-Evtâr,* V, 264.

2- Nasbu'r-Râye, II, 474; *Câmiü'l-Usûl,* a.y.; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 251.

3- İbni Kudame, *el-Muğnî*'de (V,1) zikretmektedir.

4- *el-Muğnî,* a.y.

5- *el-Bedâyi',* VI, 56; *Fethu'l-Kadîr* , V, 3; *Reddü'l-Muhtâr,* III, 364; vd.; *Mecmau'd-Damânât* 284.

olan şirkettir. Meselâ, iki kişi bir şeye varis olurlarsa, miras alınan şey ikisi arasında mülk ortaklığı ile müşterek olur. Her iki türü ile bu şirketin hükmü şudur: Ortaklardan her birisi öteki ortağın payında yabancı hükmündedir. İzni olmaksızın onun payında tasarruf etmesi caiz değildir. Çünkü her birisinin ötekinin payında tasarruf velâyeti bulunmamaktadır. [1]

Akit Şirketleri: İki ve daha fazla kişinin bir malda ve kârında ortak olmak üzere yaptıkları akitten ibarettir. [2] Bu, Hanefîlerin daha önce gördüğümüz tarifleridir. Hanbelîlere göre bu tür şirketler beş türlüdür: İnan, mufâvada, ebdân, vücûh ve mudarebe şirketleri. Hanefîler bunu altı türe ayırırlar: Emvâl, a'mâl ve vücûh şirketleri. Bu türlerin her birisi ise ya mufâvadadır veya inandır. [3] Genel olarak şirketler aralarında Malikî ve Şafiîlerin de bulunduğu çeşitli bölgelerin fakihlerine göre dört türlüdür: İnan, mufâvada, ebdân ve vücûh şirketleri. [4]

İnan şirketinin caiz ve sahih olduğu üzerinde ilim adamları ittifak etmiştir. Diğer türlerinin meşruluğu hususunda ise farklı görüşlere sahiptirler: Şafiîler, Zahirîler inan ve mudarebe şirketi dışında kalan bütün şirketleri batıl kabul ederler.

Hanbelîler ise, mufâvada şirketi hariç bütün şirketleri caiz kabul ederler.

Malikîler ise vücûh şirketi dışında bütün şirketleri caiz kabul ederler. Ayrıca Hanefîlerce açıklanan şekliyle mufâvada ortaklığını da caiz olmayan şirketlerden kabul ederler.

Hanefîler ise, bütün bu şirketleri, muayyen şartların bulunması halinde, istisnasız olarak caiz kabul etmişlerdir. Akit şirketlerini Hanefîlerin taksimine uygun olarak aşağıdaki başlıklarda ele alacağız. Mudarebe şirketini ise bağımsız bir bahiste işleyeceğiz.

3. Akit Şirketlerinin Akdolma Keyfiyeti

Hanefîlere göre akit şirketlerinin rüknü, icap ve kabuldür. Bu da ortaklardan birisinin ötekine: "Şunda ve şunda seninle ortak oldum." demesi, ötekinin de: "Kabul ettim." demesinden ibarettir. Bu şirket üç türlüdür: Mal, vücuh, a'mâl yahut sanayi şirketi. [5] Her bir türünün tariflerini zikredeceğiz.

Şirketin rükünleri cumhura göre akdi yapan taraflar, makudunaleyh ve siga olmak üzere üç türlüdür.

1- *el-Bedâyi'*, VI, 65; *el-Mebsût*, XI, 151; *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 312.

2- *el-Fıkhu ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa*, III, 83. Sermayeye katılmaksızın kârda ortaklık, ileride açıklanacağı üzere mudarebe ortaklığıdır.

3- *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 313.

4- *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 148; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 212.

5- *Fethu'l-Kadîr* , V, 4 vd.; *el-Bedâyi'*, VI, 56; *Reddü'l-Muhtâr*, III, 368; *Mecmau'd-Damânât*, 297.

Mal ortaklığının tarifi:

İki kişinin bir malda ortak olup: "Biz bunda birlikte satmak ve satan almak -yahut da satmak veya satın almaya zikretmeksizin mutlak olarak söylemeleri- ve Allah'ın bize ihsan edeceği kân aramızda şu şarta göre paylaştırmak üzere ortak olduk" demeleri yahut onlardan birisinin bunu söylerken ötekinin de: "Kabul ettim." demesi ile olur. Bu şirket ya mufavadadır veya inandır.

1- İnan Şirketi:

İki kişinin aralarında ortak olan bir malda, ticaret yapıp kârı bölüşmek üzere ortak olmalarıdır. [1] İbnü'l Münzir'in de belirttiği gibi bu, icma ile caizdir.[2]

Fakat bu şirkete bu adın veriliş sebebinde farklı görüşler bulunduğu gibi, bu tür şirketin bazı şartlarında da farklı görüşler vardır. Buna "inan" (dizgin) adının veriliş sebebi ortakların -atlarını birbirine eşit tutup yürüyüşte de eşit olan iki süvari gibi- mal ve tasarrufta eşit olmalarıdır. Böyle bir durumda her iki atın da dizginleri eşit seviyede olur. İnan şirketi de iki kişinin mallarından bilinen bir şeyde ortaklık yapmaları ve mallarının geri kalan kısmında da tek başlarına kalmalarıdır. Bu durumda onlar ortak oldukları malda birbirlerine eşit olurlar. el-Ferrâ şöyle demektedir: İnan kelimesi bir şeyin ârız olması halinde kullanılan (=bir şey arız oldu) den türetilmiştir. Bir ihtiyaç ârız olduğunda: (Annet lî hâcetun)="Bir ihtiyacım ârız oldu" denilir. İşte bundan dolayı böyle bir ortaklığa ârız olan ortaklık anlamına "inan şirketi" adı verilmiştir. Çünkü ortaklardan her birisinin karşısında öteki ile ortak olmak arzusu ortaya çıkmıştır. Yahut da bu şirket, bütün ticari işlerde yahut bir kısmında kendilerine ârız olan şeylere göre vaki olduğundan dolayı bu adı alır. es-Sübkî ise şöyle demektedir: "Meşhur olan kanaate göre bu şirketin adı *"inan ed-dâbbe"* yani hayvanın yularından alınmıştır. Sanki ortaklardan her birisi arkadaşının yularını tutmuş ve dilediği şekilde tasarruf etmesine imkân vermemek için onu serbest bırakmamaktadır." [3]

Bu tür, insanlar arasında çokça görülen şirketlerdendir. [4] Çünkü inan şirketin-

---

1- Yani zarar da aralarında paylaştırılır, demektir. Ortaklar kârda da zararda da ortak olurlar. Ortaklardan birisinin kârdan pay aldığı halde zararı yüklenmekten muaf tutulması sahih değildir. Bu ilke şer'an kabul edildiği gibi beşerî hukukça da kabul edilmiştir.

2- İnan şirketinin bu tarifi, Hanefîler, Şafiîler, Zeydîler, Caferiler, Zahirîler ve iki görüşlerinden birisinde Hanbelîlerin ittifak ettikleri bir tariftir. Buna göre ortaklık, satın almak suretiyle sermayede tasarrufta bulunmadıkça meydana gelmez. Malikîler ve Hanbelîler tercih edilen görüşlerinde şöyle demektedirler: Mal şirketi, ortaklar arasında aktin müceret gerçekleşmesi ile akdolur. Bu beşeri kanunlarca da kabul edilmiştir.*eş-Şerikât fi'l-Fıkhi'l-İslâmi*, Prof. Ali el-Hafîf, 33, 35, 48.

3- *Muhtasaru't-Tahâvî*, 107; *el-Mebsût*, XI, 151; *Fethu'l-Kadîr* , V, 20; *el-Bedâyi'*, VI, 57; *Reddü'l-Muhtâr*, III, 373; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 359; *el-Muğnî*, V, 13; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 212.

4- Hanefîlerle Malikîler inan şirketine farklı anlamlar verirler. Hanefîlere göre böyle bir şirket, her bir

de malda da tasarrufta da eşitlik şartı yoktur. Ortaklardan birisinin malının ötekinden fazla olması caiz olduğu gibi, birinin şirketten mesul olması, ötekinin olmaması da caizdir. İşte bundan dolayı bu şirkette kefalet yoktur. O bakımdan onlardan her birisi ancak bizzat akdettiği tasarruflardan sorumlu tutulur. Bu ortağın tasarruflarından diğeri sorumlu değildir. Bununla birlikte kârda eşit olmaları yahut farklı olmaları da caizdir. Kâr aralarında ittifak ettikleri şarta göre dağıtılır. Zarar ise sadece sermaye oranına göre olur. "Kâr, koştukları şarta göre paylaştırılır, zarar ise her iki malın miktarına göredir" kaidesini uygulamanın gereği budur.

2- Mufavada Şirketi:

Mufavada, sözlükte "eşitlik" demektir. Bu tür şirketlere bu adın verilmesinin sebebi sermayede, kârda, tasarruf gücünde ve diğer hususlarda eşitliğin nazar-ı itibara alınmasıdır. *el-Hidâye*'de şöyle denilmektedir: Çünkü bu, ticaretlerde umumî bir şirkettir. Ortaklardan her birisi şirketin işlerini mutlak olarak diğer ortağına havale eder. Bu ismin "et-tefvîd"den geldiği de söylenmiştir. Çünkü ortaklardan her birisi gaib iken de hazır iken de (her durumda) ötekine tasarruf yetkisini vermektedir. Malikîlerle Şafiîler: "Bu şirkete mufavada adı, iki kişinin bir anda konuşmaya başlamasını ifade etmek üzere kullanılan (*Tefâvada raculâni fi'l-hadîs*) tabirinden alınarak verilmiştir," demektedirler.

Istılahta manası şudur: İki ve daha fazla kişinin bir işte ortak olmak üzere, sermayelerinde, tasarruflarında ve deynlerinde eşit olmak şartı ile akitleşmeleridir. Ayrıca onlardan her birisi, öteki üzerinde vacip olan satmak ve satın almak gibi hususlarda kefili olacak, yani ticaretini yaptıkları şeylere dair haklar hususunda her bir ortak ötekisini ilzam eden şeyleri kendisi için de bağlayıcı kabul edecek; bu durumda onlardan birisinin lehine icap eden bir şey, ötekinin de lehine vacip olur. Yani ticaretini yaptıkları şey ile alâkalı hususlarda, haklar ve görevler konusunda karşılıklı biribirleri ile kefalet hâlindedirler. Onlardan her birisi ortağı lehine icap eden şeyde onun vekili durumundadır. Aynı şekilde üzerine vacip olan yani yerine getirmesi gereken sorumluluklar hususunda da kefili durumundadır.

Her iki ortak sermayede de kârda da biribirlerine eşittir. Birinin malının ötekinden fazla olması sahih değildir. Meselâ, birisinin bir dinarı, ötekinin beş yüz dinarı olsa olmaz. İsterse bu miktar ticarette kullanılmamış olsun. Yani şirketin malı cinsinden olan ve ortaklığa sokmadıkları hiç bir şeyi bırakmaları caiz olmaz. Tasarrufta da eşitlik şarttır. O bakımdan küçük ile bâliğ arasında, müslüman ile kâfir ara-

---

ortağın diğerine tasarruf vekâleti vermesi manasını da ihtiva etmektedir. İşte bu durum, ortağa dilediği takdirde bağımsız tasarruf hakkını verir. Malikîlere göre ise inan şirketinde bu mana yoktur. Ortaklardan her hangi birisi ötekinin izni olmadıkça tek başına tasarruf etme imkânına sahip değildir. Böyle bir durumda şirket Hanefîlere göre emlâk (mülk) şirketi olur. Şayet ortak sermayede mutlak tasarruf sahibi ise, bu Malikîlere göre bir mufavada ortaklığı olur. *eş-Şerikât fi'l-Fıkhi'l-İslâmi, Ali el-Hafif.*

sında sahih olmaz. [1] Onlardan birisinin tasarrufunun ötekinden fazla olması'da sahih değildir. Şayet tam bir eşitlik tahakkuk ederse, şirket akdi gerçekleşir ve her bir ortak ötekinin vekili ve kefili olur. Arkadaşının yaptığı akit gereği talepte bulunur ve bütün tasarruflarından o da sorumludur. Bu şartlardan birisi gerçekleşmez yahut ortaklardan her hangi birisi akit şirketi için sermaye olmaya elverişli bir malı mülk edinecek olursa, o takdirde eşitlik tahakkuk etmediğinden dolayı şirket inan şirketine dönüşür. [2]

Buna göre bu şirket, her iki ortağın lehine sabit olan nakdî miras, rikaz (define)ve lukata gibi bütün haklar ile onlardan her birisinin yerine getirmek durumunda olduğu görevlerde de ortak olmalarını gerektirir. Ticaret sebebiyle meydana gelen deyn, istikraz, gasbedilen şeyin tazminatı, telef edilen şeyin kıymeti, hayvanın cinayet erşi (bedel) [3] yahut meselâ, kumaş ve buna benzer malî tazminatların [4] Ebu Hanife ile Muhammed'in görüşüne göre, ödenmesi üzerlerine icap eder.[5]

Diğer bir ifade ile mufavada ortaklığı her bir ortağın şirket için sermaye olması sahih olan malik olduğu bütün mallarda ortaklık esası üzere kurulur. Bunlar ise peşin nakitler ile birlikte bütün ortakların kârda ve sermayede ortak olmaları ile ve her bir ortağın başlıbaşına kendi görüşüne uygun olarak öteki ortağın malında çalışması şartı ile kurulur.

Ortaklardan her hangi birisi, şirketin sermayesi olabilecek bir malı özel olarak mülk edinecek olursa, -nakitler gibi- şirket mufavada olmaz. Mufavada lafzı ile akit olsa dahi böyledir. Çünkü malda eşitlik kalmamaktadır. Fakat onlardan her hangi birisi bir araza (ticaret malına) yahut bir insan üzerindeki bir alacağa veya bir akara malik olur ise, bu mülk edinilen şey, mufavada ortaklığının sıhhatini etkilemez. Çünkü bunların hiç birisi üzerinde bu şirket akdi uygun olarak yapılamaz. O bakımdan bu, her bir ortağın zevcesinin kendisine has olması gibidir. [6] Şayet ortak, miras ve buna benzer bir mala hak kazanacak olursa, eğer bu mal dirhem yahut dinar tü-

1- Ebu Yusuf böyle bir ortaklığı din farklılığı ile birlikte, kerâhatle caiz kabul etmiştir. *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, III, 369.

2- Dikkat edilecek olursa mufavada ortaklarından birisi öteki ile aynî olarak aldığı mirasta ortak olmaz. Yine yöneticinin ona vereceği bir mükâfat yahut hibe ya da hediye gibi şeylerde de ortak olmaz. Bunlarda ortak olması ancak İbni Ebu Leylâ'ya göre söz konusudur.

3- Erş, bir organa karşı işlenen cinayet (suç) sebebiyle, öldürme dışındaki cinayetler için şer'an belirlenmiş olan bedeldir.

4- Çünkü böyle bir cinayet (suç) işleyen kişi, tazminat yolu ile üzerinde cinayet işlediği şeye malik olur. *Reddü'l-Muhtâr*, III, 371.

5- *el-Mebsût*, XI, 153, 177, 189; *Fethu'l-Kadîr*, V, 5 vd.; *el-Bedâyi'*, VI, 58; *Tebyînu'l-Hakâik*, III 313; *Mecmau'd-Damânât*, 294; *Reddü'l-Muhtâr*, III, 369, 372; *Muhtasaru't-Tahâvî*, 106; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 251; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 351; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 212; *el-Mühezzeb*, I, 346 *el-Muğnî*, V, 26; *el-Fıkhu ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa*, III, 89; *el-Mîzân*, I, 82; *el-Muntazau'l-Muhtâr* III, 354.

6- *Haşiyetü'ş Şelebî*, III, 314; Prof. Ali el-Hafîf, a.g.e., 58 vd.

ründen nakit olur ve fiilen kabzı gerçekleşirse mufavada fasit olur. Şayet uruz (ticaret malı) yahut akar hâlinde kabzedecek olursa, mufavada ortaklığı fasit olmaz.

Hanefîlerle Zeydîler bu ortaklığı Hz. Peygamberin şu buyruğu sebebiyle caiz kabul etmişlerdir: *"Mufavada yaptığınız zaman o mufavadayı güzel yapınız."*; *"Mufavada yapınız, çünkü bu bereketi daha çok arttırır."* [1] Diğer bir sebebi ise insanların diğer çağlarda da her hangi bir kimsenin tepkisi söz konusu olmaksızın mufavada ile teamüllerini sürdürmüş olmalarıdır. Bu ortaklıkta ortaya çıkan bilgisizliğe -ki bu da cinsi meçhul bir şeyin satın alınmasına dair vekâlet ile meçhul bir şeyin kefaletidir- katlanılır. Çünkü bu başkasına tabi kılınarak sabit olabilen bir şeydir. Tasarruf da kimi zaman teben sahih olur; fakat maksat gözetilerek sahih olmaz. Nitekim mudarebede de durum böyledir. Bu ortaklıkta da cinsi bilinmeyen bir şeyin satın alınmasına dair vekâlet söz konusudur.

Malikî mezhebi âlimleri ise, Hanefîlerin söz konusu ettikleri bu mana dışında mufavada ortaklığını caiz kabul ederler: Buna göre şirket, her bir ortağın sermayede bağımsız olarak, hazır olsunlar olmasınlar, ortaklarının görüşlerini almaya ihtiyaç olmaksızın mutlak tasarruf sahibi olmasıdır. Satmak, satın almak, almak, vermek, kiraya vermek, kiralamak, tazminat altında tutmak, vekâlet vermek, kefalet, teberru ve buna benzer ticaret için gerekli olan bütün tasarruflarda ortakların mutlak tasarruf sahibi olmalarıdır. Her bir ortak da diğer ortağın yaptığından sorumludur. Böyle bir ortaklık ancak mallarından, üzerinde akit yapılan şeylerde söz konusu olur. Onlardan her birisinin tek başına sahip olup şirkete sokmadığı mallarda ise söz konusu olmaz.

Şayet şirket, ortaklardan her hangi birisinin sermayede istediği gibi tasarruf etmeme ve yetkisi sadece bütün ortaklarıyla birlikte çalışmaktan ibaret olma esası üzere akdolunacak olursa böyle bir ortaklığa -onlara göre- inan şirketi adı verilir.[2]

Buna göre Malikîlerdeki açıklaması ile mufavada şirketi hakkında fakihler arasında bir görüş ayrılığı yoktur. Hanefîlerin açıkladıkları anlamda mufavada ortaklığını ise Şafiîler, Hanbelîler ve fakihlerin cumhuru caiz kabul etmemektedirler. Zira şeriatte benzeri bir akit varit olmamıştır. Çünkü böyle bir şirkette, istenen manada eşitliğin tahakkuk etmesi oldukça zor bir şeydir. Diğer taraftan böyle bir ortaklıkta büyük ölçüde bir garar ve bilgisizlik bulunmaktadır. O bakımdan bu tür bir

1- Hafız ez-Zeylaî bu hadis ile ondan önceki hadis hakkında şöyle demektedir: Bu hadis *garip*tir yani aslı yoktur. Daha sonra bu hadis için bir asıl bulmaya çabalayarak şöyle demektedir: İbni Mace, *Sünen*'inde Suhayb'den rivayetle şöyle demektedir: Resulullah (a.s.) buyurdu ki: *"Üç şeyde bereket vardır: Bir vadeye kadar satış, mukaraza ve satış maksadı ile olmamak üzere buğdayı arpaya karıştırmak."* Daha sonra Zeylaî şöyle demektedir: İbni Mace'nin bazı nüshalarında "mukaraza" yerine "mufavada" bulunmaktadır.

2- Prof. Ali el-Hafif, a.g.e., 34; *el-İfsâh*, 25; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 283; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 351, 359; *el-Hırşî*, VI, 43.

ortaklık garar satışı gibi sahih olmaz. Bu ortaklık şeklinde garar yönünün açıklaması şöyledir: Ortaklardan her birisi öteki için lâzım olan şeyden sorumludur. Bazen altından kalkamayacağı bir şeyi yerine getirmekten sorumlu olabilir. İşte bundan dolayı İmam Şafiî şöyle demiştir: "Eğer mufavada ortaklığı batıl değil ise, ben dünyada batıl diye bir şey bilmiyorum." Az önce kaydedilen hadis-i şerif ise bilinen bir hadis değildir ve Sünen sahiplerinden hiçbir ona rivayet etmemiştir. Hatta bu hadisteki ifadelerden böyle bir akdin kastedildiğine delâlet edecek bir şey de yoktur. Hadiste mufavadanın kastedilmiş olması, sadece bir ihtimaldir. İşte bundan dolayı hadis ile birlikte bu da rivayet edilmiştir: "Tartışmayınız; çünkü tartışma şeytandandır." (1)

Vakıa şudur: Hanefîlerce söz konusu edilen manasıyla mufavada ortaklığı, gerçekleşmesi imkânsız bir şey değil ise, var olması kolay bir şey değildir. (2)

Vücuh yahut zimmet üzere ortaklığın tarifi:

İnsanlar arasında itibarı olan iki kişinin, sermayeleri olmaksızın zimmetlerinde vadeli olarak satın alıp peşin satmalarıdır. Bunu insanların yanındaki itibarlarına dayanarak yaparlar ve bu ortaklık "Vadeli alıp peşin satmak üzere Yüce Allah'ın bize ihsan edeceği kârı (yani semenler arasındaki farkı) aramızda şu şarta göre paylaştırmak üzere ortak olduk." demeleri ile olur.

Böyle bir ortaklığa "vücuh ortaklığı" denilmesinin sebebi, genellikle insanlar arasında vecîh, itibarlı olandan başkasına vade ile satılmaması dolayısıyladır. Bu da her hangi bir sanat ve mal olmaksızın zimmetlerin ortaklığı diye bilinmektedir.

Böyle bir ortaklık Hanefî ve Hanbelîlere göre sahihtir. Çünkü bu, her bir ortağın diğerini satma ve satın alma hususunda vekil tayin etmesidir. Onlardan her birisinin satın alınan şeyin aralarında ortak olmak üzere ötekine vekâlet etmesi ise sahihtir. Bunu ihtiva eden bir ortaklık da böyledir. Diğer taraftan insanlar hiç bir kimsenin tepkisi ile karşılaşmaksızın çağlar boyunca böyle bir ortaklığı yapagelmişlerdir. Hülâsa; oların üzerinde ittifak ettikleri husus, bu ortaklığın bir iş olarak kabul

---

1- Aynı yerler. Hanbelîler şöyle demektedir: Sahih şekliyle mufavada ortaklığı her bir ortağın öbürüne zimmette alıp satma, mudarebe yapma, vekâlet verme, mal ile yolculuk yapma, rehin verme, tazminat alma ve uygun göreceği işleri yapma yetkisini havale etmesi; yahut da eğer bir lukata bulma yahut bir rikâz (define) bulma, mirastan elde edilen gibi nadir kazanç sağlayan veya onlardan her hangi birisinin ödemesi gereken gasb, erş, cinayet, âriyet ve mehir tazminatı gibi nadir rastlanılan bir ödeme sorumluluğu getirmemeleri şartıyla, leh ve aleyhlerine sabit olacak her şeyde ortak olmaları demektir. *Gayetü'l-Münteha*, II, 182; *el-Muğnî*, V, 26. Hanbelîlere göre mufavada ortaklığı tabirinin iki ortağın bütün şirket türlerinde ortaklıkları anlamında da kullanıldığı olur. Meselâ *inan, vücuh* ve *ebdân* ortaklıklarını bir arada yapmaları halinde bu sahihtir. Çünkü bu ortaklıkların her birisi tek başına sahih olduğuna göre, başkaları ile birlikte de sahih olur. *el-Muğnî*, V, 25.

2- Prof. Ali el-Hafîf, a.g.e., 61.

edildiği ve bunun üzerinde şirket akdinin yapılmasının caiz olduğudur.[1]

Malikîler, Şafiîler, Zahirîler, Leys b. Sa'd, Ebu Süleyman ve Ebu Sevr ise şöyle demektedir: Böyle bir şirket batıldır. Çünkü şirket ya mal ya işe taalluk eder. Böyle bir meselede bunların ikisi de bulunmamaktadır. [2] Bununla birlikte böyle bir şirkette garar da vardır. Zira her bir ortak her hangi bir sanat yahut özel bir muamele ile sınırlanmamış bir kazancı arkadaşına ivaz olarak vermektedir.

Birinci görüşe göre, her iki ortağın satın alınan şeyin mülkiyetindeki hisselerinde farklılık sahihtir. Birisinin yarısını yahut yarıdan daha fazlasını şart koşması sahih olur. Çünkü Resulullah (a.s): *"Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar."* buyurmuştur. Kârları ise mülkiyetteki hisseleri kadardır. Onlardan her hangi birisinin kârının hissesinden daha fazla olması caiz değildir. Çünkü böyle bir ortaklıkta kâr, mal yahut iş karşılığı satın alınan malın semeninin tazminatı kadarı hak edilir. [3] Tazminat ise mülkiyetteki pay kadardır, dolayısıyla pay da bu kadar olur. Eğer kâr tazminat miktarından fazla olursa karşılıksız olarak bir fazlalık söz konusu olur; bu da caiz olmaz.

Yapılacak zararın taksimi ise her bir ortağın tazminat payı kadar yapılır, bunda ittifak vardır.

A'mâl (iş) yahut ebdan (beden) ortaklığının tarifi:

İki kişinin her hangi bir işi zimmetlerinde kabul edip kazancın aralarında paylaşmak üzere ortaklık kurmalarıdır: Demircilik, terzilik, boyacılık ve benzeri gibi. Bunun için: "Bu işi yapıp Allah'ın bize rızık olarak vereceği ücret aramızda şu şarta göre paylaştırılmak üzere ortak olduk." derler. Bu tür ortaklık hamallar ortaklığı yahut terziler, marangozlar, dellâllar gibi, sair meslek ortaklığı diye bilinir. Bu ortaklıktan maksat, kazançlarının aralarında eşit yahut farklı olarak paylaştırılmasıdır. İster iki marangoz gibi meslekleri aynı olsun, ister biri terzi biri marangoz gibi farklı olsun değişen bir şey olmaz. Buna da sanatkârlık şirketi yahut kabul şirketi, bedenler şirketi veya a'mâl şirketi adı verilir. Bugün bu tür ortaklıklar demircilik yahut marangoz ve benzeri zenaat sahipleri arasında yaygınlıkla görülür. Petrol araştırma şirketi, yükleme-boşaltma ve benzeri şirketler de a'mâl şirketlerinden kabul edilir.

Bu tür şirket Malikîlere, Hanefîlere, ve Hanbelîlere göre caizdir. Çünkü bundan kasıt kâr elde etmektir, bunda vekâlet vermek de mümkün olmaktadır. Diğer taraftan insanlar bu tür ortaklık ile teamül edegelmişlerdir. Ayrıca şirket mal ile yahut

1- *Gayetü'l-Müntehâ*, II, 180; *el-Muğnî*, V,12; *el-Bedâyi'*, VI, 57; *Fethu'l-Kadîr* , V, 30 vd.; *Mecmau'd-Damânât*, 303; *el-Mebsût*, XI, 154.

2- *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 252; *el-Hırşî*, -ikinci baskı-, VI, 55; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 212; *el-Mühezzeb*, I, 346; *el-Mizân*, I, 83; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 284.

3- Yani her bir ortak kendisine ait olan mülk kadarı ile semenden payına düşeni tazminat altına almış sayılır.

amel ile olur; mudarebede olduğu gibi. Burada söz konusu olan ise her hangi bir amel (iş)'dir. [1] İbni Mes'ud şöyle demiştir: "Bedir gününde ben, Ammâr ve Sa'd ortak olduk. Sa'd iki esir aldı, ben ve Ammâr hiç bir esir alamadık. Peygamber (a.s.) bizim bu ortaklığımıza karşı çıkmadı." [2] Böyle bir şirket savaşta elde edecekleri seleb (düşman ölüleri üzerinden alınacak eşyalar)'de bir ortaklıktır.

Ancak Malikîler böyle bir şirketin sahih olabilmesi için sanatın bir olması şartını koşarlar. Aynı meslek sahipleri arasında böyle bir ortaklık caizdir. Fakat meslekleri farklı olanlar arasında caiz olmaz. Ancak her iki ortağın birbirlerine bağlı olarak çalışmaları hali müstesnadır. Yani birisinin işinin var olup ortaya çıkması, ötekinin işinin bulunmasına bağlı olması hâli müstesnadır. Dokumacı ile iplik eğirenin durumunda olduğu gibi. Malikîler yine bunun için çalıştıkları mekânın da aynı olmasını şart koşarlar. Eğer iki ortak ayrı yerlerde olurlarsa ortaklık caiz olmaz.

Yine Malikîlere göre kârın paylaştırılmasının her bir ortağın yerine getirmesi şart koşulan işin miktarı ile orantılı olmasını gerekli görürler. Örfen kâr ile emek arasında yakınlığın sağlanması yeterlidir.

Hanbelîlerin görüşüne göre böyle bir şirket odun, ot ve benzeri mübah şeylerde dahi caizdir. Onlara göre iki ortağın bedenî olarak ortaklık kurdukları ot toplamak, avlamak, daru'l-harbde talan yapmak, savaşlarda katledilenlerin selebini almak için ortaklıkları caizdir. Ancak dellâlların ortaklığı sahih değildir, derler.

Şafiîler, ve Hanefîlerden Züfer, bu bâtıl bir şirkettir, demektedirler. Çünkü onlara göre şirket mallara hastır; işlerde ortaklık olmaz. Çünkü yapılan işin tespit edilmesi mümkün değildir. O bakımdan bunda bir garar ve tesbit edilememe söz konusudur, zira onlardan her hangi birisi arkadaşının kazanıp kazanmadığını bilmez. Ayrıca her birisi bedeniyle ve menfaatleriyle ötekinden ayrı ve farklıdır. O bakımdan elde edeceği faydaları kendine has olmalıdır. Meselâ, odun toplamak, av avlamak ve diğer mübahlarda ortak olmaları hâlinde durum böyledir. Böyle bir ortaklık çeşidi Hanefîlere göre de caiz değildir. Çünkü ortaklığın bir gereği vekâlettir. Mübahın mülk edinilmesinde ise vekâlet sahih değildir. Çünkü mübah istilâ yoluyla mülk edinilir. [3]

1- *el-Bedâyi'*, VI, 57; *Fethu'l-Kadîr* , V, 28; *Muhtasaru't-Tahâvî*, 107; *el-Mebsût*, XI, 154 vd.; *Mecmau'd-Damânât*, 303; *Reddü'l-Muhtâr*, III, 380; *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 252; *el-Muğnî*, V, 3 11; *el-Hırşî*, VI, 38, 51-53; Prof. Ali el-Hafîf, a.g.e.,99; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 284; *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 180.

2- Bu hadisi Ebu Dâvud, Nesei ve İbni Mace, Ebu Ubeyde'den, o Abdullah'tan rivayet etmiştir. İbni Teymiyye *Munteka el-Ahbâr min Ehadisi Seyyidi'l-Ahyâr* adlı eserinde şöyle demektedir: "Bu hadis bedenî ortaklık ve mübahları mülk edinme hususunda kesin bir delilidir." *Câmiü'l-Usûl*, VI, 108; *Neylü'l-Evtâr*, V, 265.

3- *Fethu'l-Kadîr* , V, 31; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 212.

4. Akit Şirketlerinin Şartları

Hanefî âlimleri akit şirketlerinde kimisi bütün akit şirketlerinin türleri hakkında genel, kimisi de özel olan bir takım şartlar koşmuşlardır.

Akit şirketlerinin genel şartları:

Akit şirketlerinin sahih olması için aşağıdaki şartlar aranır. [1]

1- Vekâletin mümkün olması: Üzerinde şirket aktinin söz konusu olduğu ma'kudunaleyhte tasarrufun vekâlete elverişli olması demektir. [2] Çünkü şirketin hükmü ticaret ile elde edilen kârda ortaklığın sabit olmasıdır. Ticaret yoluyla elde edilen kârın aralarında ortak olması ise, ancak onlardan her birisinin şirketin bir takım mallarında arkadaşının vekili olması, diğer kısmında ise kendi namına çalışması ile mümkündür. Buna göre şirkette her bir ortağın ötekine satın almak, satmak, işleri kabul etmek gibi tasarruflarda izin vermesi gerekmektedir. Vekil ise başkasının verdiği izin ile tasarrufta bulunan kimsedir. Şirket bütün türleri ile vekâlet vermek manasını da ihtiva ettiğinden, yani her bir ortak diğer ortağının vekili olduğundan dolayı, şirkette vekâletin mümkün olması ve her bir ortağın vekâlete ve vekâlet vermeye ehil olması gerekir. Hanefîlere göre -cumhura hilâfen- vekâlet vermenin caiz olmadığı yerler ise, mübahların istilâ yoluyla elde edildiği hususlardır.

2- Kârın tayin edilen cüz olarak miktarının belli olması: Yani her bir ortağın kâr payının belli olması gerekir. Beşte bir, üçte bir, yüzde on gibi. Eğer kâr meçhul ise şirket fasittir. Çünkü kâr ma'kudunaleyh (üzerinde akit yapılan)'tir. Ma'kudunaleyhin bilinmemesi ise akdin fasit olmasını gerektirir.

3- Kârın muayyen olmayıp tamamında ortak bir parça olması gerekir: Eğer onlardan her hangi birisine -on yahut yüz gibi- muayyen miktarda bir kâr tayin edecek olurlarsa, şirket fasit olur. Çünkü akit kârda ortaklığın tahakkukunu gerektirmektedir. İki ortaktan birisine tayin edilen miktardan fazla kârın tahakkuk etmemesi de mümkündür. Dolayısıyla kâr miktarının tayini şirket aktinin muktezasına (gereğine) aykırı düşmektedir.

Emval (mal) şirketlerine has şartlar:

Emval şirketlerinde, şirket ister inan şirketi olsun ister mufavada şirketi olsun özel bir takım şartlar aranır. Bu şartları şöylece sıralayabiliriz: [3]

1- *Fethu'l-Kadîr ma'a'l-İnaye,* V, 5 vd.; *el-Bedâyi',* VI, 58 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 213; *el-Hırşî,* VI 39.

2- Bu kayıt Hanefîlere göre, ot toplamak, odun toplamak, avlanmak gibi mübah şeylerde ortaklığı kapsamın dışına bırakmak içindir. Çünkü bu durumlarda mülkiyet tek başına özel olarak mülk edinme sebebini doğrudan doğruya yapan kişi hakkında gerçekleşir. Şafiîlerce azhar görüşe göre cumhur, mübah şeylerin mülk edinilmesinde vekâlet vermeyi caiz kabul etmiştir.

3- *el-Bedâyi',* VI, 59 vd.; *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 166.

1- Şirketin sermayesinin ya akit esnasında yahut satın alma esnasında hazır bir ayn olması. Bu fakihlerin cumhurunun görüşüdür. Sermayenin deyn (borç) ve gaib bir mal olması caiz değildir. Çünkü şirketten maksat kârdır; bu da tasarruf yoluyla gerçekleşir. Deynde tasarruf ise mümkün değildir, gaib olan malda da tasarruf olmaz. Bu durumda şirketten gözetilen maksat da gerçekleşmez. Ayrıca medin (borçlu) borcunu ödemeyebilir ve gaib olan mal da ele geçirilemeyebilir.

Buna göre bir kişi ötekine bin dirhem ödeyip: "Sen de bunun kadar koy ve bunlarla alışveriş yap, elde edeceğin kârı da aramızda paylaştırırız" dese; o da bin dirhem koyup bunlarla satın alsa caizdir. Buna göre önemli olan satın alma esnasında malın hazır olmasıdır. Akit esnasında hazır olması şartı yoktur. Çünkü ortaklık, satın almakla tamamlanır. Malında işte o vakit hazır olması istenir.

İki Malın Karıştırılması Şart mıdır?

Cumhur (Hanefî, Malikî ve Hanbelîler) şöyle demektedir: [1] İki malın karıştırılması şart değildir. Çünkü ortaklığın manası mal ile değil akit ile gerçekleşir. Aktin söz konusu olduğu şey ise iştir. Kâr da bunun sonucudur, mal ise ona tabidir. O bakımdan mudarabede olduğu gibi, malın karıştırılması şartı yoktur. Diğer taraftan şirket, tasarruf üzere yapılan bir akit olduğundan dolayı onda vekâlet manası vardır. Vekâlet ise karıştırmadan önce iki malda caizdir. O hâlde şirket de böylece caiz olur. [2] Şayet ortaklar onlardan birisinin şu dirhemlerle bir şeyler satın almasını, ötekinin de şu dinarlarla satın almasını açıkça ifade etseler ve satın alınan şeyin aralarında ortak olmasını şart koşsalar bu sahihtir.

Ancak Malikîler şöyle demektedir: İki malın karıştırılmasının şart olmaması bütün yönleriyle biribirlerinden ayrı bırakmaları anlamına gelmez. Aksine bu ka rıştırmanın ya hissen (maddi olarak) yahut hükmen olması kaçınılmaz bir şeydir. Meselâ, iki malın da bir tek sandıkta ve her ikisinin de orada serbest tasarruf sahibi olmaları gibi.

İmam Züfer, Şafiîler ve Zahirîler şöyle demektedir: Birinin ötekinden ayrılmayacak şekilde her iki malın da biribirleriyle karıştırılması şarttır ve bu karıştırmanın akitten önce olması kaçınılmazdır. Şayet akitten sonra meydana gelecek olursa, esah kabul edilen görüşe göre yeterli değildir. Çünkü şirket, karıştırmak demektir. Karıştırmak ise her iki malın biribirinden ayrı olması hâlinde tahakkuk etmez; buna göre şirketin manası da tahakkuk etmez. Ayrıca şirketin hükümlerinden

1- *Muhtasaru't-Tahâvî*, 107; *Fethu'l-Kadîr* , V, 74; *el-Bedâyi'*, VI,60; *el-Mebsût*, XI, 177; *Bidâye tu'l-Müctehid*, II, 250; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 283; *el-Muğnî*, V,16; *el-Hırşî*, VI, 41 -ikinci baskı-; *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 162.

2- Dikkat edilecek olursa beşerî yasalarda malları karıştırmayı şart koşmaya gerek yoktur. Çünkü ortaklık aktinin meydana geliş etkilerinden birisi de hükmî bir kişilik olan ortaklığın meydana gelmesidir. Sermayenin tamamı işte bu yeni hükmî kişiliğe intikal eder. Prof. Ali el-Hafîf, a.g.e., 46.

birisi de telefin her iki maldan olmasıdır. Eğer karıştırmadan önce iki maldan birisi telef olacak olursa, sadece o malın sahibi namına telef olur; bu ise şirketin gereğinden değildir. (1)

Bu görüş ayrılıklarının bir sonucu olarak, eğer iki mal dirhem ve dinar gibi birbirinden farklı iki cinsten olursa yahut aynı cinsten olmakla birlikte taze buğday ile eski buğday yahut beyaz buğday ile kara buğday, beyaz buğday ile kırmızı buğday gibi nitelikleri farklı olur ise cumhura göre ortaklık sahihtir. Çünkü onlara göre malların karıştırılması şart değildir.

Böyle bir ortaklık Şafiîlerle İmam Züfer'e göre ise sahih olmaz; çünkü bunları birbirinden ayırdetmek mümkündür. Zor olsa dahi böyledir. Zira her iki malın, birbirinden ayırdedilmesine imkân olmayacak şekilde tümüyle karıştırılması şarttır. Bu ise cinsleri yahut nitelikleri farklı iki şeyde gerçekleşmez.

Malikî mezhebine mensup İbni Rüşd ise şöyle demektedir: "Fıkıh (meselenin iyice anlaşılması), karıştırmakla her iki ortağın çalışmalarının daha üstün ve tamam olacağını ortaya koymaktadır. Çünkü samimi davranmak kendi adına olduğu kadar ortağı için de o zaman gerçekleşir." (2)

2- Şirketin sermayesinin mutlak semen (tayin ile teayyün etmeyen) yani nakit olması gerekir. Bunlar, eskiden dirhem ve dinarlar idi; günümüzde ise tedavüldeki nakit paralardır. Bu şartı dört mezhep de ittifakla kabul etmektedir. (3) Şirket, akar yahut menkul gibi uruzlarda (ticârî mallar) caiz değildir. Çünkü bu gibi şeylerin misli olmaz. Bunlar aynlarının farklılığı ile farklılık arzeden kıyemî şeylerdendir. Bu gibi şeylerde ortaklık, şirket malının paylaştırılması esnasında kârın bilinmemesi sonucunu verir. Çünkü sermaye uruzun kıymetinden meydana gelir, aynlarından değil. Kıymet ise bilinmemektedir. Çünkü kıymet tahmin ve zan ile bilinir. Bu ise kıymet biçmenin farklılığına göre farklılık arzeder. Bu durumda kâr bilinmez olur; bu da paylaştırma esnasında anlaşmazlığa götürür. Diğer taraftan şirket, vekâlet de ihtiva eder. Vekâlet ise uruzda sahih olmaz. Bir kişi başkasına: "Arazını (yani malını yahut evini) sat ve onun semeni aramızda ortak olsun," diyecek olsa caiz olmaz. Çünkü o evin üzerindeki velayet başkasının değil, sadece kendisinindir. Fakat şayet: "Kendi malından bin dirhem ile aramızda ortak olmak üzere ben de kendi malımdan bin dirheme bir şey satın alacağım," diyecek olsa bu caizdir. Çünkü bu durumda ortaklık nakitlerde yapılmış olur.

İmam Malik şöyle demektedir: "Şirketin sermayesinin nakit olması şartı yoktur. Şirket dinar ve dirhemlerde sahih olduğu gibi, cinsleri ister aynı olsun ister fark-

1- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 213; el-Mühezzeb, I, 345; *el-Muntazau'l-Muhtâr*, III, 354.
2- *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 250.
3- *el-Bedâyi'*, VI, 59; *Fethu'l-Kadîr* , V,14; *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 316; *Muhtasaru't-Tahâvî*, 107; *el Mebsût*, XI, 109 vd.; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 213; *el-Muğnî*, V, 13 vd.; *el-Mühezzeb*, I, 345; *Reddu'l Muhtâr*, III, 372; *el-Hırşî*, II, 40.

lı olsan uruzda da sahih olur ve uruzda şirket kıymetleri ile takdir edilerek yapılır." Bu konudaki delili ise şudur: Şirket bilinen bir sermaye üzerinde akdolmuştur, bu ise nakitlere benzemektedir. (1)

Tercihe şayan görülen rivayetlerinde Hanefîlere ve Hanbelîlere göre bu şart, şöyle sonuç verir: Sikke hâline getirilmemiş gümüş ve altın külçelerde ve eritilmiş altın yahut gümüş parçaları demek olan *nukra*larda, uruza benzediklerinden dolayı, ortaklık caiz olmaz.

Hanefîlerdeki diğer rivayete göre ise, bunlarda şirket caizdir. Çünkü bu gibi şeyler mutlak semen durumundadırlar. Zaten esas alınan, insanların teamülüdür. İnsanlar böyle teamülde bulunurlarsa hükmü, nakitlerin hükmü gibidir. Teamül etmeyecek olurlarsa, hükmü uruzun hükmüdür. Şafiîler ise bunda ortaklığı caiz kabul ederler. Çünkü onlar bu gibi külçeleri ve eritilmişleri mislî şeylerden kabul etmişlerdir. (2)

Felslere gelince: (3) Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'tan gelmiş meşhur rivayete göre felslerde ortaklık caiz değildir. Çünkü bunlar tedavülde değil iseler uruz gibidirler. Şayet tedavülde kullanılıyor iseler, her ikisine göre de bunlar mutlak semen değildirler. Yani semen olma niteliği onlardan ayrılmaz bir özellik değildir. Çünkü genel olarak bunlar tayin ile teayyün etmekte ve akit yapanların ıstılahına göre mebî (satılan mal) olabilmektedir. Eğer bunlar genel olarak karşılıklı ivaz akitlerinde tayin edilme ihtimalleri dolayısıyla mutlak semen olamıyor iseler, diğer uruzlar gibi şirket için sermaye olmaya elverişli değildirler. Bu aynı zamanda Şafiîlerin, Hanbelîlerin, Malikîlerden İbnü'l-Kasım'ın da görüşüdür. Çünkü felsler kimi zaman tedavülde kullanılıp revaç bulurlar, kimi zaman da kullanılmaz olurlar. O bakımdan uruza benzerler.

İmam Muhammed şöyle demektedir: Tedavülde revaç bulan felslerin şirket için sermaye olmaları sahihtir. Çünkü onun kabul ettiği asıl kaideye göre bunlar mutlak semenlerden kabul edilirler. Zira semen oluş, onlar için ayrılmaz bir özelliktir. (4)

Mekîl (kile ile ölçülen) *mevzûn* (ağırlık ile tartılan) ve ceviz ve yumurta gibi *adedî mütekarip* türünden olup mutlak semen olmayan *mislî* şeyler üzerinde ortaklık ise şöyledir: Şafiîlerle Malikîlere göre bunlarda ortaklık sahihtir. Çünkü Şafiîler birbirine yakın adedî şeyleri misliyattan kabul etmişlerdir. Buna göre mezheplerince azhar görülen görüşe göre bunlarda ortaklık sahih olur. Diğer taraftan kile ile ölçülen mekîl yahut ağırlık ile tartılan mevzun, kendi cinsinden olanla karışacak olur-

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 349; *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 349.
2- Hanefî mezhebine dair adı geçen eserler.
3- Fels ise vaktiyle tedavülde bulunan bakırdan bir sikkedir.
4- *el-Bedâyi'*, VI, 59; *el-Muğnî*, V, 15; *el-Mebsût*, XI, 160; *Reddu'l-Muhtâr*, III, 372; *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 166.

sa, bunların birbirlerinden ayırdedilme imkânı ortadan kalkar. O bakımdan bunlar iki nakit olan altın ve gümüşe benzerler. Malikîler ise uruzda olduğu gibi bunlarda da satış esnasındaki kıymetleriyle değil de karıştırma esnasındaki kıymetlerine göre ortaklığı caiz kabul ederler. Çünkü söz gelimi yiyecek iki şeyin birbiriyle karıştırılması hâlinde uruzdan farklı olarak, bunları birbirinden ayırdetmeye imkân olmaz. Çünkü uruzların her birinin ötekinden ayırdedilebilmesi mümkündür. [1]

Hanbelîler ise şöyle demektedir: Mezhebin zahir görüşüne göre kile ile ölçülen mekîlde, ağırlık ile tartılan mevzûnda ve birbirine yakın adedî şeylerde -diğer uruzlarda caiz olmadığı gibi- ortaklık caiz değildir. [2]

Hanefîler ise şöyle demektedir: Kile ile ölçülen mekîl ve ağırlık ile tartılan mevzun şeylerde ve birbirine yakın adedî şeylerde karıştırmadan önce ortaklık caiz olmaz. Çünkü bunlar ayn olmaları hâlinde tayin ile teayyün ederler; bu durumda uruz gibi olurlar. O bakımdan bunlar mutlak semen değildirler. Bununla birlikte şirketin caiz olabilmesi için sermayenin tayin ile teayyün etmeyen şeylerden olmasının şart olduğunu da bilmek gerekir. Bir kişi ötekine: "Semeni aramızda ortak olmak şartıyla buğdayını sat." diyecek olsa caiz değildir. Fakat karıştırdıktan sonra eğer ortaklık buğday ve pirinç yahut arpa gibi farklı iki cinste yapılırsa yine caiz değildir. Şayet aynı cinsten olursa yine Ebu Yusuf'a göre sahih olmaz; bu bir mülk (emlak) şirketi olur.

Ebu Hanife ve Muhammed ise şöyle demiştir: Karıştırdıktan sonra bunlarda şirket sahih olur. Buna göre Hanefî mezhebi Şafiî mezhebine yakındır.

Bu görüş ayrılığının faydası, her iki malın eşit olup kârda fazlalığın şart koşulması hâlinde şöylece ortaya çıkar: Eğer kile ile ölçülen, iki ortak arasında yarı yarıya ise; fakat her ikisi kârın üçte bir olmasını şart koşarak karıştırsalar ve bununla başka bir şey satın alsalar, Ebu Yusuf'un görüşüne göre kâr aralarında malın miktarına göre yarı yarıya olur. Muhammed'in görüşüne göre ise kâr şart koşmalarına göre taksim edilir.

Ebu Yusuf'un görüşünün izahı şöyledir: Bunu kabul etmek Hanefîlerin esas aldıkları "Kile ile ölçülen ve ağırlık ile tartılan şeylerde ve benzerlerinde karıştırmadan önce ortaklık caiz değildir" şeklindeki kaidelerine uygundur. Çünkü bunlar her halükârda mutlak semen değildirler. Aksine bunlar bazen semen bazen mebî olabilirler. Zira bunlar genel olarak tayin ile teayyün ederler; o bakımdan felslere benzerler. Şirketin caiz olmasının şartı ise sermayenin tayin ile teayyün etmeyen şeylerden olmasıdır.

İmam Muhammed'in görüşünün açıklaması da şöyledir: Şirketin ihtiva ettiği vekâlet manası, karıştırmadan sonra bu gibi şeylerde sabittir. O bakımdan bunlar

---

1- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 213; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 349.
2- *el-Muğnî*, V, 23 vd.

dirhem ve dinarlara benzerler. Karıştırmadan sonraki durumdan farklı bir hal alırlar. Çünkü şirketin gereklerinden birisi olan vekâlet, karıştırmadan önce bu gibi şeylerde sahih olmaz.

Bu gibi şeylerde ortaklığın caiz olabilmesi için, Ebu Yusuf'un görüşüne göre çare budur: Her iki mal aralarında mülk ortaklığı gerçekleşinceye kadar karıştırılır, ondan sonra bu mallar üzerinde şirket aktini yaparlar. [1]

Mufavada şirketine has şartlar:

Hanefîler mufavada şirketine has bir takım şartlar koşmuşlardır: [2]

1- Her iki ortağın da hür, baliğ, akil ve reşit olarak vekâlet ve kefalet ehliyetine sahip olmaları. Çünkü mufavadanın hükümleri arasında yaptıkları ticaretin gereği olarak ortaya çıkacak olan ve onlardan birisinin bağlandığı hak ve görevler ötekini de bağlar. Bu durumda onların her birisi, arkadaşı hakkında görev olan şeylerde onun yerine kefil durumunda olur. Nitekim onlardan her birisi ortağının lehine vacip olan şeylerde de vekil durumundadır.

2- Başta da sonda da miktar ve kıymet olarak sermayenin eşit olması. Meşhur olan rivayete göre böyledir. Eğer iki mal miktar olarak fazla olurlarsa mufavada olmaz. Çünkü mufavada eşitliği ifade eder. O bakımdan mümkün olan hususlarda eşitliğe itibar etmek gerekir. Eğer konulan mallar -meşhur olan rivayete göre- kıymet itibarıyla birbirinden farklı olursa- meselâ sarf kıymetinde iki nakdin birinin ötekinden fazla olması halinde olduğu gibi- mufavada caiz olmaz. Çünkü kıymetin fazlalığı ağırlığın fazlalığı ayarındadır. Dolayısıyle akdin gereğinden olan eşitlik, sabit değildir.

3- Ortakların her birisinin sahip olduğu ve şirket için sermaye olmaya elverişli olan her şeyin ortaklığa dahil olması. [3] Eğer ortaklığa dahil olmazsa mufavada olmaz. Çünkü bu eşitlik ilkesine aykırıdır. Uruz (ticaret malları), akarlar, borçlar (alacaklar) ve gaib mallar gibi mufavadanın uygun olmadığı şeylerde ise -zevcelerde, çocuklarda fazlalık gibi- ortaklık lâzım (bağlayıcı) değildir.

Kıymet bir olduğu sürece malda aynı olmak şartı aranmaz. Buna göre birisinin sermayesi altın ötekinin gümüş olsa ve kıymet itibarıyla bunlar biribirlerine eşit olsalar, iki rivayetten daha meşhur olanına göre mufavada sahihtir. Aynı şekilde -belirtmiş olduğumuz gibi- İmam Züfer'e hilâfen her iki malın birbirine karışması da

---

1- *el-Bedâyi'*, VI, 60; *Fethu'l-Kadîr*, V,16; *el-Mebsût*, XI, 161 vd.

2- *el-Bedâyi'*, VI, 60 vd.; *Reddü'l-Muhtâr*, III, 369 vd.

3- *Kenzü'd-Dekâik* ile *ed-Dürrü'l-Muhtâr*'da şöyle denilmektedir: İki ortaktan birisine ortaklığın sahih olabileceği bir mal hibe edilir yahut miras kalırsa ve bu eline ulaşacak olursa -ki ortaklığın sahih olacağı bu mal iki nakittir- sermaye olabilecek şeyde eşitlik ortadan kalkmış olacağından mufavada ortaklığı batıl olur. Çünkü böyle bir ortaklıkta eşitlik, hem başta hem de devamı süresince bir şarttır. *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 316; *ed-Dürrü'l-Muhtâr* ve *Reddu'l-Muhtâr*, III, 372.

şart değildir.

4- Mufavadada kârda eşitlik olmalıdır. Şayet kârda fazlalık şartı koşulacak olursa, eşitlik olmayacağından dolayı mufavada olmaz.

5- Mufavada bütün ticarî işlerde olmalıdır. Ortaklardan birisinin öbür ortağından ayrı olarak özel bir ticaret yapması caiz değildir. Çünkü böyle bir özellik hâlinde mufavadanın manası olan eşitlik iptal edilmiş olur. Buna göre Ebu Hanife ile İmam Muhammed'in mufavadanın iki müslüman arasında olması şartını koşmalarının sebebi anlaşılmış olmaktadır. Mufavada onlara göre bir müslüman ve bir kâfir arasında sahih değildir. Çünkü meselâ, zimmi olan kâfirin, müslüman hakkında caiz olmayan domuz ticareti gibi bir ticareti özel olarak yapması caizdir.

Ebu Yusuf ise müslüman ile kâfir arasında mufavada caizdir, demektedir. Çünkü ehliyet, vekâlet ve kefalet bakımından birbirlerine eşittirler.

6- Ortaklığın "mufavada" lafzı ile olması gerekir. Çünkü mufavadanın ancak mufavada lafzının yahut onun yerini tutan başka ifadelerin kendisinde toplandığı bir takım şartları bulunmaktadır.

Bu şartlardan birisi bulunmayacak olursa, ortaklık inan şirketi olur. Çünkü inan ortaklığının bu şartları taşıması gerekmemektedir. [1]

İnan şirketinde kefalet ehliyeti şartı yoktur. Dolayısıyla ticaret izni verilmiş küçük gibi, kefaleti sahih olmayan kimsenin bu ortaklığı yapması sahihtir. İnan şirketinde sermayede eşitlik de aranmaz. Ortakların sermayelerinin birbirinden fazla olması caizdir. Birinin şirket aktinin kapsamına sokmadığı başka bir mala sahip olması da caizdir.

İnan şirketinin bütün ticaretlerde olması şartı da yoktur. Dolayısıyla bu şirket genel olabileceği gibi tahıl, kumaş, demir ve buna benzer bazı ticaret türlerinde olduğu gibi özel olması da mümkündür. Aynı şekilde inan şirketi müslüman ile kâfir arasında da caizdir. Çünkü inan şirketinde eşitlik şartı yoktur.

Yine bu inan şirketinde kârda eşitlik şartı da aranmaz. Birinin kârının ötekinden fazla olması da, eşit olması da caizdir.

Hocamız eş-Şeyh Ali el Hafif şöyle demektedir: Vakıa şudur ki, Hanefîlerin kabul ettikleri şekliyle mufavada ortaklığı vakıaya uygun bir ortaklık sayılamamaktadır. Var olacak olsa dahi, kalıcılığı olamaz. Çünkü kıymette ortakların mallarının eşit olmasını şart koşup her bir ortağın şirket için sermaye olabilmeye elverişli bir malının özel olarak bulunmamasının ve bunun şirketin bütün aşamalarında şart olarak görülmesi, şirketi uzun bir süre yaşatmaya imkân vermez. Çünkü her bir ortağın, ortaklığı oluşturduğu zaman sahip olduğu nakitler ile kalması ve bundan son-

---

1- *el-Bedâyi'*, VI, 62; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, III, 373.

ra bu nakitlerin artmaması hemen hemen imkânsızdır. [1]

A'mâl (iş) ortaklığının şartları:

Eğer iş ortaklığı mufavada türünden olursa, daha önce sözünü ettiğimiz mufavadada aranan kefalet ehliyeti, ücrette eşitlik, mufavada lafzına dikkat etmek gibi şartlar aranır. Eğer bu ortaklık, inan türünden olursa mufavada için şart olan her hangi bir şey bunda şart değildir; sadece vekâlet ehliyeti şarttır. Ebu Hanife şöyle demektedir: Vekâletin caiz olduğu şeyde ortaklık da caizdir, caiz olmadığı şeyde ortaklık da caiz değildir.

Eğer yapılan iş, alet kullanmayı gerektiriyor ve iki ortaktan birisi bu aleti kullanır ise bu, ortaklığın sâbit olmasını etkilemez. Ancak onun yaptığı iş arasında bu aleti başkasına icare yolu ile vermesinin söz konusu olmaması şarttır. Şayet bunu kiralayacak olursa, onun kiralamasının ücreti kendine hastır, ortak değildir. Çünkü bu ücret kendisinin mülkiyetinde olan bir aletin kullanılmasının karşılığındadır. O bakımdan elde ettiği ücret kendisine hastır. Buna göre birisinin katırı ötekinin de devesi varsa, bunları kiralamak üzere ortaklık yaparlarsa böyle bir ortaklık fasittir. Nitekim fasit şirketleri ele alırken bu hususu açıklayacağız. Hanefîlerin ve Hanbelîlerin kanaati budur. [2]

Vücuh şirketinde aranan şartlar:

Vücuh şirketi mufavada olur ise her iki ortağın kefalet ehliyetine sahip olmaları şarttır. Ortaklardan her birisinin satın alınan şeyin semeninin yarısını üstlenmesi ve satın alınan şeyin de aralarında yarı yarıya olması, kârın da aralarında yarı yarıya olması ve mufavada lafzını kullanmaları şarttır. Çünkü böyle bir ortaklık her iki ortak arasında tam bir eşitlik temeli üzerinde kurulur.

Şayet ortaklık inan olur ise, mufavadada söz konusu edilen şartlar aranmaz. Satın alınan şeyde aralarında fazlalık sahihtir. Satın alınan şeyin semenini üstlenmeleri de mülkleri kadar olur. Nitekim kâr da satın alınan şeyin semeninden üstlendikleri oranda aralarında pay edilir. Şayet onlardan birisine hissesinden daha fazla kâr şart koşulacak olursa böyle bir şart batıldır. Çünkü kâr onların satın alınan şeyin semeninden tazminatları altında tuttukları kadarı ile tayin edilir. [3]

5. Akit Ortaklıklarının Hükümleri

Akit ortaklığı ya sahihtir veya fasittir. Daha önce sözü geçen sıhhat şartlarından her hangi bir şartın ihlâl edilmesi sonucu olarak, fasit olduğu takdirde biraz sonra sahih şirketin hükümlerinden söz konusu edeceğimiz şeylerin [4] her hangi birini

1- Prof. Ali el-Hafîf, a.g.e., 63.
2- *el-Bedâyi'*, VI, 63 vd.; *el-Muğnî*, V, 6.
3- *el-Bedâyi'*, VI, 65.
4- *el-Bedâyi'*, VI, 77.

ifade etmez.

Kısaca Hanefîler, Şafiîler ve Hanbelîler şöyle demektedir: Şirket, fasit olduğu takdirde sermayeleri oranında aralarında kârı paylaştırırlar. Her bir ortak kendi malında yaptığı işin ücreti için diğer ortağa başvurur. Çünkü tayin edilen miktar fasit akitte sakıt olur. (1)

Sahih şirkete gelince: Bu da sıhhat şartlarını taşıyan şirkettir. Bunun hükmü ise aşağıda açıklanacağı gibi her bir şirket türüne göre değişik hükümler taşır.

Mallarda inan ortaklığının hükümleri:

1- Çalışma Şartı: İnan şirketinde ortakların her ikisine de veya sadece birisine çalışma şartının koşulması caizdir. Meselâ, her ikisi Yüce Allah'ın kendilerine ihsan edeceği kârı şu şarta göre aralarında paylaştırmak ve alıp satmak üzere ortak olmaları yahut onlardan birisinin alıp satmak, ötekinin de bunu yapmamak üzere anlaşmaları ve buna göre ortaklık kurmaları caizdir.

2- Kârın Dağıtılması: Kâr ise sermaye oranına göre eşit yahut farklı olabilir. Şayet sermaye eşit olur yani yan yanya ise kâr da aralarında eşittir; çalışma ister sadece birileri hakkında şart koşulmuş olsun, ister ikisinin de çalışma şartı koşulmuş olsun. Çünkü Hanefîlere göre kârı hak edebilmek ve mal ile yahut çalışma ile yahut tazminatı üstlenmek ile olur. (2) Sermayede eşitlik bulunduğuna göre kârda da eşitlik gerekmektedir.

İmam Züfer'in dışında kalan Hanefî imamlarına göre sermayede eşit olmak hâlinde ortakların birinin kârdan diğerinden fazla alması sahihtir. Ancak her ikisinin de çalışmaları yahut kendisine kârdan fazla pay verilenin çalışma şartı bulunmalıdır. Çünkü kâr söylediğimiz gibi ya mal ile, ya çalışmakla, ya tazminat altında bulundurmak ile hak edilir. Böyle bir durumda kârın artışı ise çalışmanın fazlalığı sebebiyledir. Çünkü ortaklardan her hangi birisi daha becerikli, daha bilinçli, emeği daha çok ve daha güçlü olabilir. Bu durumda öbür ortağının hesabına fazla kârı hak eder. Çünkü: *"Kâr, koştukları şarta göredir. Zarar ise malların miktarına gö-*

1- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 215; *el-Muğnî*, V,17; *Fethu'l-Kadîr*, V,33; *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 323; *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 169 vd.

2- Kârın mal vesilesiyle hak edilmesinin sebebi, kârın mal artışı sayılmasından dolayıdır. Malda çalışma (emek) sebebiyle kâra hak kazanmanın sebebi ise, bunun ücrete benzer yönünün olmasıdır. Çünkü bu kâr, çalışmanın karşılığı ve onun bir sonucudur. Tazminat sebebiyle kârı hak etmek ise, Hz. Peygamberin: *"el-harâcu bi'd-damân"* yani; *"Kâra tazminat sebebiyle hak kazanılır."* buyruğu dolayısıyladır. Şayet mal, tazminatını gerektirecek her hangi bir sebep ile ortak tarafından tazminat altına alınmak durumuna gelir ve ortak bu konuda emin olunmayan bir hale düşerse; bu durumda kârın tümü tazminatı altında alması sebebiyle onun olur. Çünkü bu malın bir haracı (yani geliri)'dır. Ortağın bu sebepler dolayısıyla kârdan hak ettiği miktarın ne olduğu ise şart ile ortaya çıkar ve bilinir.

redir." [1] hadisi bunu gerektirir.

Şayet kârı daha az olanın çalışması şart koşulacak olursa bu şirket caiz olmaz. Çünkü iki ortaktan birisine emeksiz ve tazminat söz konusu olmaksızın fazladan bir kâr şart koşulmuştur. Kâr ise ancak ya mal ya emek ile yahut tazminat ile hak edilir. Yine kârın tümü iki ortaktan birisine şart koşulacak olursa, ortaklık sahih değildir. Dikkat edilecek olursa emekten maksat onun var olması değildir, bu durumda sadece çalışmanın şart koşulması yeterlidir. [2]

Hanbelîlerin görüşü de Hanefîlerinki gibidir: Ortakların birinin kârdan ötekinden fazla alması caizdir. [3] Zarar ise mezheblerin ittifakı ile sermaye miktarına göredir.

Malikîler, Şafiîler, Zahirîler, ve Hanefîlerden İmam Züfer şöyle demiştir: İnan şirketinin sahih olabilmesi için kârın ve zararın konulan sermaye miktarı kadar yani onların oranında olması şarttır. Çünkü kâr her ikisinin malının artışı, zarar da mallarının eksilmesidir. O bakımdan zarar da kâr da malın miktarına göredir. Yani kâr da zarara benzemektedir. Eğer ortaklardan birisi sadece zararın belli bir kısmını yüklenmeyi şart koşacak olursa caiz olmadığı gibi, koyduğu sermayeden fazla olarak kârın bir kısmını kendi lehine şart koşması da caiz olmaz. Bu durumda kâr da zarar da mala tabi olurlar. Buna göre eğer ortaklar mallarının eşit olması ile birlikte kârda ve zararda farklılığı şart koşacak olurlarsa yahut mallarının biri fazla öteki az olmakla beraber kâr ve zararda eşitliği şart koşarlarsa akit sahih olmaz. Çünkü böyle bir şart şirketin gereğine aykırıdır. Bu bakımdan sahih değildir; tıpkı kârı ortaklardan birine vermeyi şart koşmakta olduğu gibi. [4]

3- Şirket Malının Telef Olması: Hanefîlerle Şafiîler şöyle demektedir: Eğer satın almadan ve malları karıştırmadan önce şirketin malı veya iki maldan birisi telef olacak olursa şirket batıl olur. Çünkü şirket aktinde ma'kudunaleyh (üzerinde akit yapılan, akte konu olan şey) maldır ve artık onda şirket teayyün etmiştir. Ma'kudunaleyh telef olacak olursa, satışta olduğu gibi, akit batıl olur. Her iki mal da telef olduğu takdirde, durum böyledir. İki maldan birisinin telef olması hâlinde akdin batıl olmasının sebebi, malı telef olmayan ortağın ortağının kendi malında ortak olmasına ve kendisini de ortağına ait olan malda ortaklığına razı olmasıdır. Maksat ortadan kalkacak olursa, malı telef olan ortağının ortaklığına razı değil demektir. Faydası ortadan kalkmış olacağından akit de batıl olur. Telef olan mal, sahibinin malından telef olmuş olur. Bu ise karıştırmadan sonra olması hâlinden farklıdır.

1- Yani ortaklıkta zarar her birisinin koyduğu mal kadardır. Hafız Zeylaî bu hadis hakkında şöyle demektedir: Oldukça *garip*tir (yani aslı yoktur). Mezhep âlimlerimizin bazılarının kitabında ise Hz. Ali'nin sözü olarak yer almaktadır. *Nasbu'r-Râye,* III, 475.

2- *Fethu'l-Kadîr,* V, 21; *el-Bedâyi',* VI, 62 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik,* III, 318.

3- *el-Muğnî,* V,27; *el-Muntezau'l-Muhtar,* III, 359; *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 165.

4- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 284; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 250; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 216; *el-Mühezzeb,* I, 346.

Çünkü o takdirde telef olan mal, şirket malından telef olur.

Ortaklardan birisi kendi malı ile satın alır ve satın aldıktan sonra ötekinin malı telef olursa satın aldığı şey aralarında ortaktır. Çünkü o şirketin varlığı hâlinde satın almıştır. Bu durumda iki ortağın da mülkü olur. Bundan sonra malın telef olması ise, malikin hükmünü değiştirmez. Şayet şirket adına bir şey satın alırsa, ortak semendeki payı kadarını öbür ortağından rücu edip alır. Çünkü onun yarısını vekâleti ile satın almıştır ve kendi malından semenini nakit olarak ödemiştir. [1]

Malikîlerle Hanbelîler şöyle demektedir: Şirket mücerret akit ile ortaya çıkar ve bununla sermaye ortaklar arasında müşterek olur. Eğer karıştırmadan önce yahut tasarrufta bulunmadan önce iki maldan birisi telef olursa ortakların hesapları namına telef olur. [2]

4- Şirket Malında Tasarruf: İnan ortaklarından her birisi şirketin malını satma hakkına sahiptir. Çünkü her ikisi de şirket akdi ile ötekine şirketin malını satma iznini vermiş olur. Diğer taraftan ortaklık, vekâleti de ihtiva eder. Bu durumda her bir ortak satış hususunda öbür ortağının vekili demektir.

Her bir ortak, nakit yahut nesie yani peşin yahut vadeli olarak ortaklığın malını satabilir. Çünkü ortaklık gereğince mutlak olarak satış izni bulunmaktadır. Ayrıca ortaklık ticaretle uğraşanların âdeti üzere akdolur. Ticaretle uğraşanların ise peşin ve vadeli olarak satış yapmaları âdetleridir.

Şafiîlere göre vadeli olarak satış caiz değildir. Hanbelîlere göre ise bu hususta iki rivayet vardır, ercah rivayete göre vadeli olarak satışları caizdir. [3]

Ortak, insanların mislinde aldanamayacakları miktarı müstesna, az veya çok semen ile satma hakkına sahiptir. Çünkü akitten maksat kâr sağlamaktır; çokca aldanmada bu kâr elde edilmez, o bakımdan böyle bir satış delâletten akitten istisna edilmiş olur.

Elinde nakit (dinar yahut dirhemler) yahut mekîl veya mevzun bulunuyor ise, ortak nakit ile de vade ile de satın alabilir. Dirhem ve dinarlar ile yahut keylî veya veznî olan şeyle nesie (vadeli) olarak satın alırsa caizdir. Çünkü ortak satın alma hususunda vekildir. Satın alma hususunda vekil olan bir kimse ise vade yoluyla satın alabilir. Çünkü o, elinin altında bulunan bu maldan semenini derhal ödeyebilir.

Şayet elinde dirhem yahut dinar bulunmuyor ise ve şirketin bütün sermayesi ayn ve metaa dönüşmüş ise, o da dinar yahut dirhemlerle nesie (vadeli) olarak bir şey satın alacak olursa, satın aldığı şey ortağına değil de sadece kendisine ait olur. Çünkü bu satın alma, ortağı hakkında sahih olursa şirketin malından borçlanmış

1- *Fethu'l-Kadîr,* V, 23; *el-Mebsût,* XI, 167.
2- *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 166.
3- *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 167; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 214.

olur. Ortak ise bu konuda kendisine izin verilmedikçe şirket malı adına borçlanma imkânına sahip değildir; mudarebe şirketindeki ortak gibi. Çünkü bu durumda şirketin sermayesi, ortağın ortak olmaya razı olduğu miktardan fazla olur. Bu miktar ise onun rızası olmadıkça caiz olmaz. [1]

Burada tasarrufların en önemlilerini söz konusu edelim:

a) Şirketin malını ibda yolu ile vermek ve vedia bırakmak: Ortak, şirketin malını ibda [2] yoluyla verebilir. Çünkü ortaklık, tacirlerin âdetlerine uygun olarak akdolunur. İbda ise tacirlerin âdetlerindendir. Ayrıca ortak, bir ücret ile bidâa (ticaret malı) da çalışmak üzere başkasını ücretle tutabilir. Dolayısıyla ibda öncelikle caiz olur. Zira daha üstü basamaktaki bir şeye sahip olan kişi daha alt basamaktakine de sahip demektir. Yine ortak, şirketin malını vedia (emanet) olarak bırakabilir. Çünkü vedia bırakmak tüccarın âdetlerindendir ve aynı zamanda ticaretin zorunluluklan arasında da yer alır.

Bu hususta Şafiîler farklı kanaatlere sahiptirler. Hanbelîlerden de ibdanın caiz oluşu hususunda iki rivayet vardır.

b) Şirketin malı ile mudarebe (sermaye bir ortaktan, çalıştırmak diğer ortaktan olmak üzere kurulan şirket) yapmak: Ortak mudarebe yapmak maksadı ile bir kişiye mal verebilir. Hanefîlerce azhar ve esah olan görüş budur. Çünkü ortak, şirketin malında çalışmak üzere bir işçiyi ücretle tutabilir. Dolayısıyla mudarebe için malını verme imkânına sahip olması öncelikle söz konusudur. Çünkü ecîr, ücrete hak kazanır. Bu konuda şirkette kâr sağlansın yahut sağlanmasın durum değişmez. Mudarib ise müdarebede kâr olmadığı sürece yaptığı iş sebebiyle bir şeye hak kazanmaz. Ortak isticar imkânına sahip olduğuna göre, müdarebe için verme imkânına sahip olması öncelikle söz konusudur.

c) Satmak ve satın almak için vekâlet vermek: Ortak, satış vekâleti verebilir. Çünkü vekâlet vermek, müdarebeden daha alt basamaktır. Aynı şekilde satın almak için de vekâlet verebilir. Çünkü alıp satmak için vekâlet vermek, ticaret gereği yapılan işlerdendir. Zira ticaretle uğraşan kimsenin bütün tasarrufları bizzat yapması mümkün değildir; o bakımdan vekâlet verme ihtiyacını duyar. Çünkü vekâlet ticaretin zorunluluklarındandır.

1- *el-Bedâyi'*, VI, 68; *Reddu'l-Muhtâr*, III, 377.

2- *İbda:* Şirketten bir miktar malı, onunla belli bir bedelden her hangi bir ek karşılık vermeksizin, bir başka mal almak üzere vermek demektir. *eş-Şerhu'l-Kebîr*, II, 352, 521; *Gâyetü'l-Müntehâ*, II. 166; İbni Abidin, *Reddu'l-Muhtâr*, III, 377'de şöyle demektedir: *el-Kâmûs*'ta, el-bâdi' (ibda yapan) ortak demektir. Burada maksat bir malı, bir başkasına çalıştırması için kârın sermaye sahibine olması, çalıştırana da hiç bir şey verilmemesi şartı ile verilmesi demektir. Şafiîler ise ibdayı daha açık bir şekilde şöylece tarif etmektedirler: İbda malı teberru yoluyla (karşılıksız olarak) ticarette kullanacak birisine göndermektir. Bidâ'a ise bu amaçla gönderilen malın adıdır. *Muğni'l-Muhtâc*, II, 312. Mubâda'ya dair hükümler için Bk. *Mecmau'd-Damânât*, 313.

d) Rehin vermek ve almak: Ortak, ortağının izni ile şirkete ait bir malı yapmış olduğu bir akit -yani satın alma akti- karşılığı şirketin borcu mukabilinde rehin olarak bırakabilir, sattığı şey karşılığında da rehin alabilir. Çünkü rehin vermek borcu ödemek, rehin almak ise borcun (alacağın) alınması içindir. Ortak da borcu ödeyebileceği gibi alacakları da tahsil edebilir. [1]

e) Malın semenini havale etmek: Ortak semenin havalesini kabul edebileceği gibi başkasına da havale edebilir. Çünkü havale ticaret gereği yapılan işlerdendir. Zira ticaretle uğraşan kişilerin ödeme kolaylığı ve zorluklarında farklılıkları sebebiyle buna ihtiyaç duyarlar. O bakımdan havale, ödeme ve tahsil için bir yoldur. Bu bakımdan alacağın ödenmesini teminat altına almak için belgelendirme de rehin anlamında olur.

f) Akit haklarını yerine getirmek sorumluluğu: Kabz, mebînin teslimi, davalaşmak (husumet) [2] gibi akit hakları ile alâkalı olan her şeyi, akdi yapan ortak öbür ortağından ayrı, kendi başına yerine getirmek sorumluluğundadır. Onlardan birisi bir şey satacak olursa, öteki semenden her hangi bir şey kabzedemez. Aynı şekilde onlardan birisinin yapmış olduğu bir akit gereği başkasının ödemesi gereken her bir borcu da diğeri kabzedemez. Borçlu da diğerine borcunu ödemek istemeyebilir. Çünkü kabz, akdin haklarındandır ve bu akdi yapana taalluk eder: İki ortaktan her hangi birisinin, satış yahut borç vermek gibi diğer ortağından sadır olan bir hususta davalaşma hakkı yoktur. Çünkü davalaşma (husumet) akdin haklarındandır. Akdin hakları ise akdi yapana taalluk eder. Onlardan birisi bir şey satın alacak olursa, ötekinden semeni istenmez. Ortak da -açıkladığımız sebep dolayısıyla- mebîyi kabzedemez.

g) Şirketin malı ile yolculuğa çıkmak: Şirketin malı ile yolculuğa çıkmak, Ebu Hanife'ye ve esah rivayette İmam Muhammed'e göre caizdir. Malikî ve Hanbelîlere göre de böyledir. Çünkü tasarruf izni şirket gereğince sabittir. Şirket ise, mekân kaydından uzak olarak mutlak şekilde sadır olmuştur. Mutlak ise delil bulunmadıkça mutlaklığı üzere cereyan eder. Ebu Yusuf ile Şafiî'ye göre ise ortağının izni olmadıkça şirket malı ile yolculuğa çıkamaz. Çünkü yolculuk onun için bir tehlikedir. Dolayısıyla başkasının mülkünde malikinin izni olmaksızın caiz olmaz.

h) Şirketin malını teberru etmek yahut karz olarak vermek: Ortaklardan her hangi birisi şirketin malından her hangi bir bağışta bulunamaz. Çünkü bağış (hibe) bir teberrudur. Ortak ise ortağının hesabına teberruda bulunma imkânına sahip değildir. Aynı şekilde şirketin malından her hangi bir şeyi karz olarak da veremez. Çünkü karzın peşin olarak bir ivazı yoktur; o da teberru seviyesindedir. Ortak ise

---

1- *Fethu'l-Kadîr*, V, 26; *Reddü'l-Muhtâr ale'd'Dürrü'l-Muhtâr*, III, 378.

2- Yani akit dolayısıyla ortaya çıkacak her türlü anlaşmazlık sebebiyle mahkeme önünde yapılan dava ile alakalı olan her şey.

ortağının hesabına teberruda bulunma imkânına sahip değildir. (1)

Şafiîlerin bu konudaki açıklamalarının hülâsası da şöyledir: Ortak zarar vermek söz konusu olmaksızın -vekil gibi- tasarrufta bulunur. Garar sebebiyle nesie (vadeli) olarak satamayacağı gibi o beldede kullanılan nakitten başkası ile de satış yapamaz. Fahiş gabn ile de satamayacağı gibi, ortağının izni olmaksızın şirket malı ile veya o malın bir kısmı ile yolculuğa çıkamaz. Çünkü ortaklık gerçekte bir vekil tayin etmek ve vekâleti kabul etmektir.

Mallarda mufavada ortaklığına dair hükümler:

Söz konusu ettiğimiz ve inan şirketindeki ortaklarından her hangi birisinin yapması caiz olan bütün hükümler, aynı şekilde mufavada şirketi ortaklarından her birisinin de yapması caiz olan hükümlerdir. Bu ortaklardan birisi bunları yapacak olursa öbür ortak hakkında da caizdir. Çünkü mufavada inan şirketinden daha özeldir. Aynı şekilde inan şirketinin sahih olması için şart olan her bir husus mufavada şirketinin sıhhati için de şarttır. İnan şirketini ifsat eden her bir husus ile mufavada şirketi de fasit olur. Çünkü mufavada inan şirketi ile birlikte başka hususları da fazladan ihtiva eder.

Mufavada şirketine has hükümler ise aşağıda gösterilmiştir: (2)

1- Deynin ikrar edilmesi

Mufavada ortaklığının özelliği gereği ortağın hem kendisi aleyhine hem ortağı aleyhine deyn ikrarında bulunması caizdir. Lehine ikrar edilen kişi de ortaklardan dilediğinden alacağını talep edebilir. Çünkü ortakların her birisi ötekinin kefilidir. İkrar eden ikrarı sebebiyle diğeri de kefaleti sebebiyle ödemek durumundadır. Aynı şekilde inan şirketinde kabul edilmiş esasın hilafına ortağın izni olmaksızın onun hakkında rehin vermesi ve rehin almasının caiz olması da bu özellikler arasındadır.

2- Ticaret ve ticaret durumunda olan işlere ait deynlerin (borçların) iltizamı (yüklenilmesi)

Yine bu şirket ortaklarının bir özelliği de şudur: Onlardan her birisi hakkında ödemesi icap eden ticaret yahut ticaret manasında olan işlerin borçları, aralarında eşitlik sağlamak üzere ötekisi hakkında da aynı şekilde gereklidir. Bunlara örnekler: Sahih satışta mebînin semeni, fasit satışta kıymeti, kiralanan şeyin ücreti gibi ti-

1- Sözünü ettiğimiz bütün bu hükümler için Hanefi kaynakları: *el-Mebsût,* XI, 174 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik,* III, 320; *Fethu'l-Kadîr,* V, 25 vd.; *el-Bedâyi',* VI, 68-72; *Mecmau'd-Damânât,* 198 vd. *Reddu'l-Muhtâr,* III, 377 vd.; Malikî kaynakları: *eş-Şerhu'l-Kebîr,* II, 352; *el-Hırşî,* VI, 43; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 253; Hanbelî kaynakları: *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 167; Şafiî kaynakları: *Muğni'l-Muhtâc,* II, 214.

2- *el-Mebsût,* XI, 203 vd.; *Muhtasaru't-Tahâvî,* 107; *el-Bedâyi',* VI, 72 vd.; *Fethu'l-Kadîr,* V, 9, 16 *Reddu'l-Muhtâr,* III, 369, 378; *Mecmau'd-Damânât,* 297.

caret akitleri sebebiyle yahut gasbedilen şeyin tazminatı vedia bırakanın koruma-nın keyfiyetine dair talebine muhalefet sebebiyle vedialann ve ariyetlerin tazmina-tı ile telef edilen şeylerin, icar edilen şeylerin, rehin ve irtihanın tazminatı gibi tica-ret durumunda olup ticaret manasını taşıyan akitler sebebiyle sabit olan yükümlü-lükler bunlara örnektir.

Her bir ortağın ticaretin borcundan sorumlu olmasının sebebi şudur: Böyle bir borç ortaklık sebebiyle meydana gelmiştir. Çünkü ortaklık akdinin gereklerinden birisi de alışverişin yahut ticaretin var olmasıdır. Ortakların her birisi ortaklık sebe-biyle yükümlü olduğu hususlarda diğer ortağın kefilidir. Gasbın tazminatının ödenmesinin sebebi ise, bunun da ticaretin tazminatının manasında olması dolayı-sıyladır. Çünkü gaspta tazminatın gerekmesi, tazminat altında olan şeyin mülk edi-nilmesini ifade eder. O bakımdan bu, satışın tazminatı anlamındadır. Vedia, ariyet, icareler ve benzerlerinde talimata muhalefet etme hâline gelince: Bunların tazmi-natı da gasbın tazminatı manasınadır. Çünkü bu gibi davranışlar başkasının malına malikinin izni olmaksızın haksız tecavüz türündendirler.

3- Malî kefalet yükümlülüğü altında olmak

Her bir ortak, diğer ortağın üstlendiği yabancı bir şahıs adına malî kefaleti de - Ebu Hanife'ye göre- kabul etmekle yükümlüdür. Çünkü kefalet işin başında bir te-berru olmakla birlikte, sonuçta kefil ile mekfulunanh (kendi adına kefil olunan)ara-sında bir temellük bulunduğundan dolayı, karşılıklı ivazlaşmadır. Bu durumda ke-fil, kefil olduğu şeyi mekfulunanhten -kefaletin mekfulunanhın talebi ile olması hâlinde- başvurup alır.

Ebu Yusuf ile Muhammed ise şöyle demiştir: Kefalet diğer ortak için lâzım (bağlayıcı) değildir. Çünkü böyle bir akit teberru aktidir. Bunun delili ise çocuğun kefaletinin sahih olmamasıdır ve eğer kefil hastalığı halinde bunu yapmış ise, sade-ce terekesinin üçte birinde muteberdir.

4- Alım satım akdi haklarının yerine getirilmesini istemek

Her bir ortak, alım satım akdi hakları ile alâkalı her bir şeyin yerine getirilme-sini isteyebilir. İki ortaktan birisi bir şey satın alacak olursa ötekinden onun semeni istenebilir. Tıpkı müşterinin kendisinden talep edildiği gibi. Ortak satın alınan şeyi bizzat müşterinin kendisi gibi kabzedebilir. Satın alınan şeyi, bir kusur bulması hâlinde, satıcıya geri çevirebilir. Satın alınan şeyin satıcıdan başkası tarafından hak edilmesi halinde semeni isteme hakkında sahiptir. Her hangi bir şey hakkında an-laşmazlığın çıkması hâlinde beyyine (delil) ortaya koyabilir. Aynı şekilde kusuru inkâr etmesi hâlinde, anlaşmazlık içinde olduğu tarafa, o kusuru bilmediğine dair yemin de ettirebilir.

5- İnsana karşı işlenen cinayetin (suçun) tazminatı, mehir ve benzerinin tazmi-natı, nafaka ve evin masrafları.

İnsana karşı işlenen cinayetlerin erşi [1] mehir, nafaka, hul' bedeli, kasden işlenen cinayetin kanı için sulh konusunda ortak bunlardan sorumlu tutulmaz. Çünkü bu gibi borçlar, hakkında ortaklığın sahih olmadığı şeylerin bedelidir. Dolayısıyla bunları ancak doğrudan doğruya sebeplerini işleyen kişi yüklenir ve yerine getirmekten sorumlu tutulur. Çünkü her bir kişi, akit ile öbür tarafın ancak ticaret borçlarından sorumlu olur. Bu gibi şeylerin ise ticaret ile alâkası olmadığı gibi, ticaret manasında olan şeylerle de alâkalı değildir. Çünkü bunlarda mal karşılığında malın ivaz olarak verilmesi manası bulunmamaktadır.

Aynı şekilde iki ortaktan her birisinin ailesi için aldığı yiyecek, giyecek ve lüzumlu şeylerin durumu da böyledir. Mesken olarak kullanılmak üzere ev satın almak, mesken olarak kullanmak maksadıyla ev kiralamak, hac ve buna benzer ihtiyacı için binek almak; bütün bunlar caizdir ve bu gibi şeyler zaruret dolayısıyla istihsanen sadece onun içindir. Çünkü bu gibi şeyler kaçınılmazdır. O bakımdan bunlar mufavadadan istisna edilirler. Çünkü hâlin delâleti ile bilinen şey, sözlü olarak şart koşulmuş gibidir. Fakat satıcı satın alınan şeylerin semenini dilediği ortaktan isteyebilir. Velev ki satın alınan şey onu satan alan için özel olsun. Çünkü bu gibi şeylerde ortaklık caizdir ve her iki ortaktan biri hakkında ortaklığı caiz olduğu şeylerin bedelinde ötekinin kefilidir. Ancak Hanefîler şöyle demektedir: Ortak, öbür ortağına kendi hissesi miktarında yaptığı ödeme için başvurur. Çünkü aralarında müşterek olan bir maldan onun üzerindeki bir borcu ödemiştir. Onun yaptığı bu ödeme delâleten onun izni ile teberru suretinde yapılmış değildir.

Kıyas ise, iki ortaktan her hangi birisinin satın aldığı yiyeceğin, giyeceğin, ailesi için yemeğin aralarında ortak olmasını gerektirir. Çünkü bu gibi şeyler ticaret akitlerindendir. O bakımdan bunlar da ortaklık akdinin kapsamına giren şeylerin türünden olur.

Vücuh şirketine dair hükümler:

Vücuh ortaklığında ortaklar hak ve görevleri itibarıyla onlardan her hangi birisinin ortağı namına yapması caiz olan ve olmayan şeylerde mufavada yahut inan şirketindeki -tıpkı mal ortaklığında olduğu gibi- ortaklar durumundadırlar. Eğer aralarındaki ortaklığı mutlak bırakacak olurlarsa, ortaklık bir inan ortaklığı olur. Çünkü mutlak ortaklık inanı gerektirir.

Şayet sahip oldukları itibara dayanarak mufavada ortaklığı yapacak olurlarsa, bu da caizdir. Çünkü onlar mutlak vekâlete bir de kefaleti ilâve etmişlerdir ki, bu da caizdir. Ancak alım satımını yaptıkları şeylerde eşitliğin olması kaçınılmazdır. Çünkü mufavadada fazlalık, eksiklik menedilmiştir. [2]

Dikkat edilecek olursa, Hanbelîler her ne kadar vücuh ortaklığını caiz kabul

1- Bundan kasıt yaralamaların diyetidir; daha önce ne demek olduğu açıklanmıştır.
2- *el-Bedâyi'*, VI, 77; *Reddu'l-Muhtâr*, III, 382; *Mecmau'd-Damânât*, 303.

ediyorlarsa da bunu şirketin sadece inan şirketi olması hâline münhasır kabul etmişlerdir. Eğer ortaklık bir mufavada olursa onlara göre caiz değildir. Çünkü bu, şeriatte benzeri varit olmamış bir akittir. Zira bunda garar vardır; dolayısıyla garar satışı gibi caiz olmaz. Önceden de belirttiğimiz gibi garar yönü şöyledir: Ortaklardan her birisi ötekinin sorumluluğunu yüklenir. Kimi zaman altından kalkamayacağı bir sorumluluğu yüklenmek durumu olabilir.

A'mâl (emek) ortaklığının hükümleri:

a) A'mâl (emek) şirketi, mufavada olursa, yani mufavada lafzı yahut bu manada olan bir lafız kullanılarak yapılırsa her bir ortak bu ortaklık sebebiyle ötekinin sorumluluklarını yüklenir ve bunların gereğini yerine getirmek mecburiyetindedir. İki ortaktan her hangi birisi sabun yahut temizlik maddesinin semeni, işçinin ücreti, dükkânın kirası gibi kendisinin yahut ortağının üzerindeki borcu ikrar etmesi caizdir. Lehine ikrarda bulunulan kişi de bu borcu dilediği ortaktan isteyebilir. Çünkü ortakların her birisi diğerinin kefilidir. İkrarda bulunulan kişi, onu ikrarı, ortak da kefaleti sebebiyle öder. (1)

A'mâlde mufavada ortaklığının örneği: Meselâ, iki meslek erbabı her birisi belli bir takım işleri kabul eder ve hep birlikte o işi eşit olarak tazminatları altına alırlar. Kârda ve zararda da eşit olurlar. Onların her birisi de bu ortaklık sebebiyle yerine getirmesi gereken hususlarda ortağının kefili olur.

b) Eğer a'mâl ortaklığı, inan türünden olursa her bir ortağın kabul ettiği iş, kendisini de ortağını da ilzam eder (bağlar). İşin -istihsanen- tazminat altında tutulması bakımından mufavada ortaklığına benzer. İşin sahibi yerine getirilmesi gereği dolayısıyla ortaklardan dilediği kimseden o işin yerine getirilmesini isteyebilir. Aynı şekilde her bir ortak da iş sahibinden ücretin tümünü isteyebilir. Çünkü işin tamamı onun için bağlayıcı olmuştur. Dolayısıyla ücretin tümünü de isteyebilir. İşin sahibi de dilediği her hangi bir ortağa ödemeyi yapmak suretiyle sorumluluktan kurtulmuş olur.

Kıyasa göre ise iş sahibi dilediği ortaktan işi isteme hakkında sahip değildir. Aynı şekilde işi kabul etmemiş olan ortağın da iş sahibinden ücret isteme hakkı yoktur. Kıyasın neden bunu gerektirdiği açıktır. Çünkü böyle bir ortaklık inan ortaklığı olup mufavada değildir. İnan ortaklığının hükmü ise, akdi sebebiyle her bir ortak için bağlayıcı olan şeyin ötekinin yerine getirmesinin istenmemesidir.

İstihsanın açıklaması ise şöyledir: Böyle bir ortaklık, işin ortaklardan her birisi tarafından yerine getirilmesinin vacip olmasını gerektirmektedir. Durum böyle olduğuna göre, işin tazminat altında olması da vacip olmalıdır. (2) Bu durumda öteki

---

1- *el-Bedâyi'*, VI, 77; *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 321; *Mecmau'd-Damânât*, 302 vd.

2- Yani telef olduğunu iddia etmesi hâlinde, sahibinin kabul ettiği tazminatı ödemektir. Ortağı onunla birlikte tazminatı öder.

ortağın adına tazminatın gerekliliğiyle mufavada anlamına gelir. Fakat hakiki bir mufavada değildir. Bunun delili ise şudur: Bu iki şeyin (yani ortaklardan her birisinden işin yerine getirilmesini istemek ile bedelin gereği hususları) dışında inan şirketinin hükümleri, ona tatbik edilir. İki ortaktan birisi tüketilen sabun, yahut temizlik maddelerinin semeni gibi bir deyni yahut icar süresinin geçmesinden sonra işçi ücretini veya dükkan kirasını ikrar edecek olursa, onun bu ikrarı ortağı hakkında, ortağının bizzat ikrarı yahut beyyine (delil) olmadıkça tasdik edilmez. Çünkü ikrarın ötekisi hakkında geçerli olması mufavada ortaklığının bir gereğidir. Onlar ise ortaklıklarını yaptıklarında mufavadayı belirtmemişlerdir (inan ortaklığı kurmuşlardır). Eğer satın alınan şey tüketilmemiş yahut süre geçmemiş ise, bu durumda ortaklardan birisinin ikrarı ile her ikisi de borcu ödemekten sorumludurlar. Bu da böyle bir ortaklığın bütün yönleriyle mufavada ortaklığı hükmünü taşımadığının delillerindendir. Aksine bu ortaklık sadece işin yapılması gereği bakımından böyledir. Buna göre her bir ortak kabul ettiği iş hususunda ötekinin kefilidir. Bu aynı zamanda Hanbelîlerin de görüşüdür. [1]

c) Böyle bir ortaklıkta kârın paylaştırılması: Bu tür ortaklıkta kârın paylaştırılması hakikaten yapılan işe göre değil, tazminata göredir. Ortaklardan her hangi birisi öteki hastalandığı yahut yolculuğa çıktığı için çalışacak olursa, ücret aralarında koşulan şarta göre paylaştırılır. Çünkü ücret böyle bir ortaklıkta fiilen çalışmakla değil, çalışmanın tazminatı ile hak edilir. Zira iş, ortağın kendisinden olabileceği gibi başkası tarafından da yapılabilir; terzinin dikim konusunda başkasının yardımını alması hâlinde olduğu gibi. Böyle bir durumda o ücrete hak kazanır, isterse çalışmasın. Çünkü işin onun tarafından tazminatı verilmiştir ve bu konuda da ortaklar için çalışmanın şart koşulması yeterlidir.

Böyle bir şirkette eğer işin tazminatı hususunda farklılık şartı koşulacak olursa, kazançta da farklılık şartının koşulması caizdir. Şöyle ki: Bir kişiye kazanç olan ücretin üçte ikisi, ötekine de üçte biri şart koşulurken, her ikisinin de çalışması şart koşulacak olursa kazançta kendisi için fazlalık şart koşulan kişi ister çalışsın ister çalışmasın, değişen bir şey olmaz. Çünkü böyle bir ortaklıkta ücrete hak kazanmak, çalışmakla değil, tazminat (altında tutmak) ile olur.

Ücretin aslının hak edilmesi gerçekte yapılan işle değil, işin tazminatı altında tutulması esası dolayısıyla olduğuna göre; ücretin fazlasını hak etmek de işin fazlasını yapmakla değil, tazminatın fazlası ile olur. Kendisine az ücret şart koşulan kişinin çalışması daha fazla ise bu da caizdir. Çünkü kâr hakikaten yapılan işe göre değil, işin tazminat altında bulundurulması kadarı iledir.

d) Böyle bir ortaklıkta zararın paylaştırılması: Şayet zarar (vazia) [2] olursa, bu

1- *el-Muğnî*, V, 5.

2- **Vazia:** (dad harfi ile vaz' etmekten) ister telef, ister semendeki noksanlık ve ister başka sebep dolayısıyla olsun, yapılan zarar demektir.

da tazminat oranındadır. O kadar ki, iki ortak kabul ettikleri işlerin üçte ikisi birilerine, üçte biri de ötekisine ve zarar da aralarında eşit paylaştırılmak şartını koşacak olurlarsa, zarara dair olan bu şart batıl olur ve ortaklık, işin tazminatı hususunda her birisi için tayin edilen şarta göre caiz olur. Çünkü kâr, tazminat miktarı oranında paylaştırıldığına göre; vazia (zarar) da tazminat miktarına göredir.

Ortaklardan her hangi birisi bir cinayet (suç) işleyecek olursa, tazminat her ikisi hakkında söz konusudur. Çünkü cinayetin tazminatı işin tazminatı esasına mebnidir. Bunu ise her ikisi birlikte tazminatları altına almış oluyorlar. [1]

6. Şirket Akdinin ve Ortağın Elinde Bulundurmasının Niteliği

Ortaklığın lüzum hükmü:

Fakihlerin cumhuru şirket akdinin lâzım (bağlayıcı) olmayan caiz bir akit olduğu görüşündedir. [2] Her bir ortağın böyle bir akdi feshetmesi caizdir. Ancak feshin caiz olabilmesi için öteki ortağın durumu bilmesi şarttır. Çünkü diğer ortağın bilgisi olmaksızın yapılan fesih ona bir zarar verebilir. Bundan dolayı bilgisi olmadıkça vekili azletmek de sahih olmaz. Şirket vekâleti de kapsadığından ve vekilin azledilmesinin caiz olabilmesi için azli bilmesi şart olduğundan, şirketin ihtiva ettiği vekâlette de durumun bilinmesi şarttır.

Şirketin Malikîlere göre lâzım (bağlayıcı) olmayan bir akit olması, İbni Rüşd'ün *Bidayetü'l-Müctehid* ve *el-Mukaddimât*'ta zikrettiği gibidir. Fakat Halil'in *el-Muhtasar*'ında ve şerhlerinde şöyle denilmektedir: Meşhur olan görüş, şirketin akit ile lâzım (bağlayıcı) olduğudur. Ortakların mallarının karıştırılmış olması ile olmaması arasında fark yoktur. İbni Abdüsselâm ise şöyle demektedir: Mezhebin kabul edilen görüşü, şirketin akit ile lâzım olduğudur. Bu lâzım oluş, tasarrufta bulunmak suretiyle şirkete fiilen başlamaya bağlı değildir. Bu, aynı zamanda Malikî fakihlerinin çoğunluğunun görüşüdür. Bazıları ise fiilen başlamak ile şirketin lâzım (bağlayıcı) olacağı görüşünü tercih etmişlerdir.

Ortağın eli emanet elidir:

Fakihler, ortağın malı elinde bulundurmasının vedia gibi bir emanet eli olduğu üzerinde ittifak etmişlerdir. Çünkü ortak, o malı öbür ortağın izni ile kabzetmiştir. Satın almak maksadı ile kabzedende olduğu gibi, semenini ödemek makdasıyla kabzetmiş değildir. Çünkü satın almak kasdıyla kabzedilen şey semeni ödemek için kabzedilmiştir. Diğer taraftan ortaklıkta rehinde olduğu gibi alacağını belgelendirmek için de kabzetmemektedir. Çünkü rehin borcunun karşılığını belgelendirmek

---

1- *el-Bedâyi'*, VI, 76 vd.; *el-Mebsût*, XI, 107; *Fethu'l-Kadîr*, V, 29 vd.; *Reddu'l-Muhtâr*, III, 381.

2- *el-Bedâyi'*, VI, 77; *el-Mühezzeb*, I, 348; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 215; *el-Muğnî*, V, 21; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 253; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 349; *el-Hattâb*, V, 122; *el-Hırşî*, VI, 39; Prof. el-Hafîf, *eş-Şerikât fi'l Fıkhi'l-İslâmî*, 49.

için kabzedilir. Buna göre mal, ortağın elinde onun her hangi bir kusuru olmaksızın telef olacak olursa tazminatını ödemez. Çünkü o muhafazada ve tasarrufta ortağının vekilidir. Dolayısıyla onun elinde telef olan ortağının elinde telef olmuş gibidir. Kâr ve zarar miktarında malın bir kısmının veya tümünün zayi olmasında yemini ile birlikte sözü kabul edilir. İsterse ortalıkta ticaret söz konusu olmasın. Diğer emanetlerde olduğu gibi, haddini aşmak yahut kusuru sebebiyle de tazminatını öder. (1)

7. Şirket Akdini İptal Eden Hususlar

Bütün şirketleri kapsayan iptal edici bir takım hususlar olduğu gibi, sadece bazı türlerine has iptal edici hususlar da bulunmaktadır.

Bütün şirketleri kapsayan iptal edici hususlar: (2)

1- İki ortaktan birisi tarafından şirketin feshedilmesi: Çünkü böyle bir akit, bildiğimiz gibi lâzım olmayan caiz bir akittir. Dolayısıyla fesih ihtimali olan bir akittir. Hanbelîler şöyle demektedir: Ortaklardan her hangi birisi: "Ben ortağımı azlettim" diyecek olsa ve henüz mal nakde dönüşmemiş bulunsa, azledilen payı miktarında tasarruf etmemişse ve: "Şirketi feshettim" dese, her ikisi de azlolurlar ve her bir ortak ancak payı miktarında tasarruf edebilir.

2- Ortaklardan birisinin ölümü: İki ortaktan birisi ölürse mülk edinme batıl olduğundan ve ölüm ile tasarruf ehliyeti sona erdiğinden ortaklık fesholur. Diğer ortağın ölümü bilip bilmemesi arasında fark yoktur. Çünkü her bir ortak ötekinin vekilidir, vekâlet verenin ölümü ise, bilsin yahut bilmesin vekilin azledilmesi sonucunu verir. Çünkü ölüm hükmen bir azletme demektir.

3- Ortaklardan birinin irtidadı ve dar-ı harbe iltihak etmesi: Çünkü bu da ölüm seviyesindedir.

4- Ortağın iyileşmesi söz konusu olmayan bir şekilde delirmesi (Cünun-ı mutbık): Çünkü delilik ile vekil, vekâletin dışına çıkmış olur. Ortaklığın vekâleti de ihtiva ettiğini öğrenmiş bulunuyoruz. Baygınlık da delilik gibidir. Deliliğin mutbık sayılması ise Hanefî mezhebindeki farklı görüşlere göre bir ay yahut senenin yarısı ile takdir edilmiştir.

Bazı şirketlere has olan iptal edici hususlar: (3)

1- Mülk şirketlerinde iki mal, ister aynı cinsten ister ayrı cinsten olsunlar, mal-

1- *el-Mebsût*, XI, 157; *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 320; *Fethu'l-Kadîr*, V, 27; *Reddu'l-Muhtâr*, III, 379; *el Mühezzeb*, I, 347; *el-Muğnî*, V, 18; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 253.

2- *el-Bedâyi'*, VI, 78; *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 323; *Fethu'l-Kadîr*, V, 34; *Muhtasaru't-Tahâvî*, 108; *e Mebsût*, XI, 212; *Reddu'l-Muhtâr*, III, 384; *el-Mühezzeb*, I, 348; *el-Muğnî*, V, 21; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 215.

3- Aynı yerler. *Fethu'l-Kadîr*, IV, 22; *el-Mebsût*, XI, 164, 178; *Muhtasaru't-Tahâvî*, 107; *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 319; *Reddu'l-Muhtâr*, III, 375.

ların karıştırılmasından önce ve her hangi bir şey satın almadan önce, ortaklığın tümünün malının telef olması yahut iki ortaktan birisinin malının telef olması. Bunda sebep şudur: Ortaklık akdinde üzerinde akit yapılan şey maldır. Ortaklıkta mal ise tayin ile teayyün eder. [1] Üzerinde akit yapılan şeyin telef olmasıyla satış akdinde olduğu gibi akit batıl olur. Bu, şirket malının telef olması hâlinde de böyledir.

İki ortaktan her hangi birisinin malı telef olacak olursa yine ortaklık batıl olur. Çünkü öteki ortak öbürünün ancak kendisini malında ortak etmesi ile ortaklığa razı olur. Diğer ortağın malının telef olması hâlinde şirket akti esnasında onun ortaklığına razı olmaz. O bakımdan faydası olmayacağından akit de batıl olur. Bu durumda mal, sahibinin zimmetinden telef olur. Çünkü malın onun elinde olması hâlinde böyle olacağı açıktır. Arkadaşının elinde olması hâlinde ise, bildiğimiz gibi, onun elinde de emanet yoluyla bulunmaktadır.

Şayet kişinin malı diğer ortağın malı ile karıştırıldıktan sonra telef olursa ortaklığın malından telef olur. Çünkü ötekinden ayırdedilememektedir. Dolayısıyla telef her iki maldan takdir edilir. Aynı şekilde iki ortaktan birisi kendi malı ile bir şey satın alır ve ötekinin malı da bu satın almadan sonra ve kendisi kendi malı ile bir şey satın almadan önce telef olursa satın alınan şey, şart koştukları esasa göre ortaklar arasındadır. Çünkü satın alınan şeyin mülk edinilmesi, satın almak suretiyle ortaya çıktığında aralarında ortak olarak satın alınmış olur. Çünkü satın alma vaktinde ortaklık mevcuttur. Dolayısıyla bundan sonra diğer malın telef olmasıyla şirketin hükmünde değişiklik olmaz.

Diğer taraftan ötekinin malının telef olmasından sonra satın alınan bu şeydeki ortaklık, el-Hasen b. Ziyâdın aksine İmam Muhammed'e göre bir akit ortaklığıdır. el-Hasen b. Ziyâd'a göre ise böyle bir ortaklık mülk ortaklığıdır. O bakımdan onlardan her hangi birisinin satış akti, ancak kendi payında gerçekleşir. Çünkü bir diğer mal karşılığında satın almasından önce telef olması hâlinde olduğu gibi, malın telef olması ile akit ortaklığı batıl olmuştur ve geriye sadece satın almanın hükmü kal-

1- Hanefîler nakitlerin kabz ile ortaklıklarda, vekâletlerde, emanetlerde, hibelerde, vasiyetlerde ve gasplarda tayin ile teayyün edeceğini, fakat karşılıklı ivazlarla müdarebede teayyün etmeyeceğini açıkça belirtmişlerdir. Ortaklık ile mudarabe arasındaki fark ise şöyledir: Sermayenin teayyün etmesi, akit mahalli olduğundan dolayı gereklidir. Ancak mudarebede bunun tayininin kabul edilmesi mümkündür. Çünkü mudarebenin tamamlanması için bu şarttır. Çünkü sermayenin mudaribe teslim edilmesi kaçınılmaz bir şeydir. Buna göre kabzdan önce malın telef olması teayyün etmediğinden dolayı, akit mahallinin telef olması olarak sayılmaz. Bu durumda kabzedildikten sonra helâk olmasının (telef olmasının) hilâfına telef olduğundan dolayı mudarebe batıl olmaz. Ancak kabzedildikten sonra telef olması hâlinde ise, akit mahalli ortadan kalktığından dolayı mudarebe batıl olur. Diğer ortaklıklarda ise malın kabzedilmesi gerekmemektedir. Buna göre akit ile olmadıkça akit mahallinin tayinine imkân bulunmamaktadır. Böylelikle, bu durumda nakitler, onların üzerinde akit yapılmasına binaen teayyün etmiş olurlar. O bakımdan diğer ortağın elinde ister kabzdan önce ister kabzdan sonra telef olmaları, aktin bunlar hakkında iptal edilmesine sebep teşkil etmeleri açısından, bir fark görülmemiştir. Prof. Ali el-Hafîf, a.g.e., 113.

maktadır ki, o da mülkiyettir. O bakımdan her ikisinin o maldaki ortaklığı bir mülkiyet ortaklığıdır.

Tercih edilen İmam Muhammed'in görüşüne göre ise, onların her birisinin her türlü malı satması caizdir ve satışı geçerlidir. Çünkü ortaklık satın alınan şeyde tamamlanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla tamamlandıktan sonra malın telef olmasıyla nakzedilmez, bozulmaz. Nitekim eğer bu telef olma her iki mal ile satın aldıktan sonra gerçekleşmiş ise durum böyledir. Satın alınan şey şirket namına gerçekleştiğine göre, satın alan kişi semendeki payı kadarıyla öteki ortağına başvurur. Çünkü o, vekâleti yolu ile onun yarısını ortağının adına satın almış ve bizzat kendi malından semenini nakit olarak ödemiştir. O bakımdan hesabına göre başvurup ondan alabilir.

İki ortaktan birisinin malı telef olur, daha sonra diğer ortak elinde bulunan kendi malı ile satın alacak olursa, duruma bakılır: Eğer, her biri: "Bu malı ile satın aldığı her bir şey aramızda ortaktır." diye açıkça şirket akdinde vekâleti ifade etmiş iseler, satın alınan şey koştukları şarta uygun olarak aralarında ortaktır. Çünkü ortaklık batıl olduğu takdirde açıkça ifade edilen vekâlet mevcuttur. O takdirde bu, bir mülk ortaklığı olur.

Şayet akitte vekâleti açıkça ifade etmemiş ve sadece şirketi söz konusu etmiş iseler, satın alınan şey satın alana ait olur. Çünkü ortaklık batıl olunca, onun muhtevası içerisinde bulunan vekâlet de batıl olur. [1]

2- Aktin başında gerçekleştikten sonra mufavada ortaklığında, tarafların sermayeleri arasında eşitliğin tahakkuk etmemesi: Çünkü aktin başında bu aktin sahih olarak gerçekleşebilmesi için her iki mal arasında eşitliğin varlığı bir şarttır. Bu eşitliğin kalıp devam etmesi bu ortaklık aktinin devamı için bir şarttır. Çünkü bu, ister aktin başlangıcında ister devamında olsun bir mufavada ortaklığıdır.

Buna göre şirket, mufavada ortaklığı olarak akdedilir ise ve tarafların sermayeleri birbirine eşit olursa, daha sonra ortaklardan birisi dirhem ve dinar gibi ortaklığın sahih olarak yapılabileceği bir malı miras alır ve bu meblağı da eline geçirirse, aktin manasını taşıyan eşitlik batıl olduğundan dolayı mufavada ortaklığı da batıl olur.

Aynı şekilde malın birisi dirhem öteki dinar olup satın almadan önce birisinin kıymeti artmak suretiyle iki maldan biri ötekine fazlalık kaydederse mufavada ortaklığı batıl olur.

8. Hanefilere Göre Fasit Ortaklık

Fasit ortaklığı öğrenmiş bulunuyoruz. Burada da Hanefilere göre fasit ortaklığın hükümlerini kaydedeceğiz:

1- *Fethu'l-Kadîr*, V, 23 vd.; *Reddu'l-Muhtâr*, III, 376.

1- Avlanmak, odun toplamak, ot toplamak, su almak, meyve toplamak, maden çıkartmak maksadıyla yeri kazımak suretiyle altına alınan bütün mübah şeylerde a'mal (emek) ortaklığı:

İki kişi bu tür işlerde ele geçirecekleri mübah şeylerde ortak olurlarsa, Hanefîlere göre ortaklık fasittir ve her birisi ne alırsa ona sahip olur. Çünkü ortaklıkta vekâlet manası vardır. Mübah olan malın alınması için vekâlet vermek batıldır. Zira vekâlet veren kişinin o mübahı almak üzere emir vermesi sahih değildir, çünkü bu konuda onun mülkiyeti ve velâyeti bulunmamaktadır. Vekil kimse ise, vekâlet gerekmeksizin mübah olan şeyi alma imkânına sahiptir. Dolayısıyla mübah olan şeyde vekâlet verenin vekili olarak ele geçirmesi uygun değildir. Çünkü vekâlet vermek, vekil hakkında sabit olmayan bir velâyeti (yetkiyi) ispat etmektir. Bu durumda ise bu tahakkuk etmemektedir. Vekâlet sabit olmadığına göre ortaklık da sabit olamaz.

Mübah olan şeylerde ortaklık fasit olduğuna göre, onlardan her birisinin mülkiyeti bizzat ele geçirmek ve mübahı ihrâz etmek (ele geçirmek) suretiyle sabit olduktan sonra duruma bakılır:

a) Şayet tümünü birlikte almış iseler, aldıkları aralarında yarı yarıyadır. Çünkü hak ediş sebebi açısından biribirlerine eşittirler. O bakımdan hak edişte de eşit olurlar.

b) Onlardan her birisi sözü geçenlerden bir şeyi tek başına almış ise, alınan şey onun mülkiyeti altında olur. Çünkü mübah şeylerde mülkiyetin sabit oluş sebebi, almak ve ele geçirmektir. Onların her birisi tek başına alıp ele geçirdiğine göre, tek başına da mülk edinilir.

c) Şayet onlardan her birisi tek başına bir şeyi ele geçirir, sonra bunları karıştırır ve satarlarsa, eğer bu kile ile ölçülen yahut ağırlık ile tartılan bir şey ise, her birisine ait olan ölçek ve ağırlık miktarına göre semen aralarında paylaştırılır. Şayet ölçülmeyen ve tartılmayan türden ise, semen aralarında kıymete göre pay edilir. Onlardan her biri kendisine ait olan şeyin kıymetini alır. Çünkü kile ile ölçülen ve ağırlık ile tartılan şeyler benzer şeylerdendir. Semenin ölçek ve ağırlık miktarına göre aralarında pay edilmesi imkânı vardır. Keylî ve veznî olmayan ve birbirinden farklı şeyler ise, ayn'ın durumuna göre semenin pay edilmesine imkân olmadığından, kıymete göre paylaştırılır.

Şayet ölçek, ağırlık ve kıymeti bilinmiyor ise, onların her birisi alınan miktarın yarısına kadar yaptığını iddia ederse bu iddiası, arkadaşının davasına karşı yemin ile birlikte tasdik edilir. Yarıdan fazlasını iddia edecek olursa, sözü ancak beyyine (delil) ile kabul edilir.

d) Ortaklardan birisi çalışır, öteki işinde ona yardımcı olursa birisinin söküp ötekinin toplaması yahut birilerinin söküp toplarken ötekilerinin de bunu taşıması

suretinde olursa, tümü çalışana ait olur. Yardımcıya miktar ne olursa olsun, ecr-i misli verilir. İmam Muhammed'e göre bu böyledir. Çünkü tayin edilen miktar bilinmemektedir. Zira hangi tür oduna rastlayacaklarını ve ne kadar toplayacaklarını bilememektedirler. Aynı şekilde odun elde edip edemeyeceklerini de bilmiyorlar. Meçhul olan bir şeye razı olmak ise boş (lağv)'tur. O bakımdan bilgisizlik dolayısıyla onun yarısına razı olması mutebcr olmaz ve bu o fasit bir akit sebebiyle menfaatlerini elde etmiş olacağından, miktar neye ulaşırsa ulaşsın ecr-i mislini alır.

Ebu Yusuf ise şöyle demektedir: Tayin edilen miktarın yarısını yahut kıymetini (yani yardımcı olduğu şeyin yarısını yahut kıymetini) aşmamak şartı ile ona ecr-i misil verilir. Çünkü o ikisinin birlikte alacaklarının toplamının yarısına razı olmuştur. Ebu Yusuf bunun hükmünü diğer fasit icare(kiralama) lara kıyas etmiştir. Çünkü bunlarda tayin edilen miktardan fazlası verilmez. Burada da durum böyledir. İkisi arasındaki ortak yön şudur: Yardımcı kişi tayin edilen miktardan fazlasının kendisine verilmemesine razı olmuştur. Dolayısıyla fazlasını hak edemez. Bu durumda onun hükmü şuna benzer: Bir adama: "Sen bu öküzü semeninin yarısı senin olmak üzere sat" dese, o da bunu satsa, ecr-i mislini alır; fakat semeninin yarısını aşamaz. (1)

Şafiîlerdeki ercah görüşle cumhurun görüşüne göre odun toplamak, ot toplamak, avlamak, su çekmek, dağlardan maden ve buna benzer mübah şeyleri almak için ortaklık sahihtir. Çünkü bunlar için vekâlet vermek caizdir. Vekil bu maksat ile yapacak olursa, o şeyin mülkiyeti vekâlet verene ait olur. Çünkü mübah şeylerin mülk edinilmesi mülkiyetin sebeplerinden birisidir. O bakımdan bu satın almaya benzemektedir. Şafiîler böyle açıklamaktadırlar. (2)

2- Fasit A'mal (Emek) Ortaklıkları Türlerinden biri de şudur:

Ortaklardan birisinin bir katırı, ötekinin meselâ eşeği varsa, her ikisi bu hayvanları kiralamak üzere ortak olsalar; Allah'ın onlara ihsan edeceği rızkın aralarında paylaştırılmasını kabul etseler ve her ikisi de birlikte bunları belli bir ücret ve belli bir yük karşılığında kiraya verseler, böyle bir ortaklık fasittir. Çünkü ortaklıkta vekâlet manası vardır. Bu şekilde vekâlet ise sahih değildir. Çünkü onların her birisi bu manada ücretin yarısı kendisinin olmak üzere bineğini kiralamak için arkadaşına vekâlet vermektedir. Böyle bir vekâlet batıldır. Nitekim birisine: "Sen kendi deveni ücretini aramızda paylaşmak üzere kiraya ver." diyecek olsa, böyle bir vekâlet fasittir. Çünkü vekâlet ve ortaklığın müşterek bir manası vardır; o da vekâlet vermenin vekilin vekâletten önce doğrudan doğruya yapmayacağı şeyi yapmak için vekil kılınmasıdır. Malik ise kendi hayvanını vekâletten önce satabilir, kiraya da

1- *Tebyînü'l-Hakaik*, III, 323; *Fethu'l-Kadîr*, V,31 vd.; *el-Bedâyi'*, VI, 63; *el-Mebsût*, XI, 216 vd *Reddu'l-Muhtâr*, III, 382.

2- *el-ifsâh an-Meani's-Sihâh*, *İbni Hubeyre*, 205; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 216, 221; *Ravdâtu't-Tâlibîn* IV, 291; *el-Muğnî*, V, 81; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, III, 452.

verebilir. Eğer her ikisi hayvalarını kiraya vermeyecek, fakat belli bir bedel karşılığında belli bir yükü kabul edip bu yükü her iki hayvana yükletecek olurlarsa ücret, koştukları şarta göre taksim edilir. Çünkü bu durumda ortaklık sahihtir. Zira yük taşımak bu durumda akit yolu ile tazminat altına alınmış olur ve kabul edebilecekleri her hangi bir iş seviyesinde olur.

Şu kadar var ki, şirket fasit olmakla birlikte, icare akti sahihtir. Çünkü bu akit, belli bir bedel karşılığında belli menfaatler hakkında gerçekleşmiştir. O bakımdan aldıkları ücreti, katırın ücreti ile eşeğin ücretinin mislinc göre aralarında paylaştırırlar. [1]

Bir başka misal: İki ayrı arabası olan iki kişinin her iki arabayı başkalarına kiralayarak elde edecekleri kârı paylaştırmak maksadıyla ortaklık kurmaları sahih olmaz. Çünkü malik olduğu şeyin geliri malik olana aittir.

Böyle bir ortaklığı Şafiîler de caiz kabul etmezler. [2] Çünkü böyle bir ortaklık birbirinden farklı şeylerin menfaatleri üzerine kurulmaktadır ve her bir ortağın diğer ortak üzerinde malının ecr-i misli alacak olur.

3- Fasit ortaklık türlerinden birisi de, bir kişinin birisine, ücret aralarında paylaştırılmak üzere bir hayvanı kiralamak için vermesidir. Bu durumda ortaklık fasittir ve ücretin yani kârın tümü bineğin sahibine aittir. Çünkü kendisine bu bineğin verildiği kişi, onu kiralama hususunda vekili durumundadır. Vekilin kiraya vermesi müvekkilin kiraya vermesidir. Hayvanın geminin yahut onun kiraya verilmesi de bunun gibidir.

Fasit olmasının sebebi şudur: Akit başkasının mülkü üzerinde onun izni ile olmuştur. Akit fasit olduğu takdirde, onu icara verene (yani âmile) ecr-i misil vermek gerekir. Çünkü o, hayvanın sağlayacağı menfaatler yolu ile bir ivaz elde etmek istemiştir. Akit fasit olduğundan dolayı bu ivazı ele geçirmediğinden ecr-i misil söz konusu olur.

4- Yine fasit ortaklık türlerinden birisi de bir kişinin bir şeyi satın alıp başkasının ona: "O şeyde beni ortak yap." demesidir. Böyle bir şey, satın aldığı şeyin mislinin yarısında alışveriş ayarındadır. Eğer bu, birinci müşteri satılan şeyi kabzetmeden önce gerçekleşirse ortak yapmak caiz olmaz. Çünkü ortak yapmak (işrak) ve tevliye satış akitlerinde de öğrendiğimiz üzere, kabzdan önce caiz değildir ve akit fasit olur. Çünkü bu, kabzdan önce taşınabilir bir mebinin satışı demektir. Bu da önceden öğrenmiş olduğumuz gibi caiz değildir.

Şayet bu işlem kabzdan önce yapılacak olursa caiz olur ve müşteri ortağı se-

1- *Tuhfetu'l-Fukahâ*, birinci baskı, III, 19 vd.; *el-Mebsût*, XI, 170, 218 vd.; *Reddu'l-Muhtâr*, III, 383-385.

2- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 216.

menin yarısını ödemek için ilzâm eder. Şayet ortak, semenin miktarını bilmiyor ise, öğrendiğinde muhayyerdir. Dilerse mebiden payını alır, dilerse bırakır.

İki kişi bir at satın alır ve kabzettikten sonra bir başkasını ona ortak ederlerse, kıyasa göre ortağın onun yarısına sahib olması gerekir. Çünkü her ikisinden birisi üçüncü şahsı tek başına kendi payında ortak edecek olursa onun payının yarısına ortak olur. Her ikisinin bir arada onu ortak etmeleri hâlinde de durum böyle olur.

İstihsana göre ise üçüncü ortağın üçte birine sahip olması gerekir. Çünkü ortaklıkta eşitlik gereği vardır. Adama: "Ata seni ortak kıldık." demeleri de; "Seninle ortak olduk." anlamındadır.

Onlardan birisi hem kendisinin hem arkadaşının payında onu ortak edecek olursa, öbür ortağı da onun sözünü kabul ederse, yeni ortak yarısına, ilk iki ortak da diğer yarısına sahip olurlar. Çünkü öbür ortak da kendi payında bunu geçerli kabul edince, payının yarısı ona ait olur ve aynı zamanda onu kendisine ait olan payda da ortak etmiş olur. Dolayısıyla yeni ortağın hak ettiği payın tümü, esas malın yarısı olmuş olur. İlk ortakların her birisi ise geriye kalan dörtte birine sahip olur.

Fasit olan her bir ortaklıkta kâr, sermaye miktarına göre paylaştırılır ve şirketin hükmünde de öğrendiğimiz gibi aradaki fazlalık şartı batıldır. [1]

1- *Fethu'l-Kadîr*, V, 33; *Reddu'l-Muhtâr*, III, 383.

MUDAREBE ORTAKLIĞI

Mudarebe yahut kırâz yahut muamele, şirket türlerinden birisidir. Irak şivesinde mudarebe, Hicaz şivesinde kırâd adı verilir. Bu ise kesmek anlamına gelen "el-kard"dan türetilmiştir. Çünkü mala sahip olan kişi, âmile (çalışacak olana) malından bir miktarı kesip verir; tasarrufta bulunmak üzere kârdan da ona bir miktar verir. Yahut ta "kırâd" kelimesi, "mukârada"dan türetilmiştir ki, bu da eşitlik demektir. Çünkü kâra hak kazanma hususunda aralarında eşitlik vardır. Bunun sebebi, malın mala sahip olan malikten, emeğin de amil (çalışan) dan olması olabilir. Bu bakımdan bu şirket, icareye benzemektedir. Zira bunda amil, malı çalıştırmasının karşılığında kârdan bir payı hak etmektedir.

Iraklılar "kırad" a "mudarebe" adını vermektedirler. Çünkü akti yapan taraflardan her birisine, kârdan belli bir oran tayin edilmektedir. Diğer taraftan amil (çalışan) kişi yolculuk yapmak gereğini duyabilir. Yolculuk ise (aynı kökten gelmek üzere) (darb fi'l-ard) adını alır. [1]

Bu şirket aktine dair açıklamalarımız aşağıda belirttiğimiz beş başlık altında yapılacaktır:

1. Mudarebenin Tarifi, Meşruluğu, Rüknü ve Akit Olarak Niteliği

Tarifi: Mudarebe, mala sahip olan kimsenin amile (emeği ile çalışana) ticaret yapmak üzere bir mal vermesi ve şart koştukları orana göre kârın aralarında ortak olması demektir. [2] Zarar ise sadece mal sahibi tarafından karşılanır. Mudarib olan amil ise, zarardan her hangi bir şey yüklenmez; ancak o da işinin ve gayretinin karşılığını kaybetmiş olur. *el-Kenz* sahibi mudarabe'yi şu sözleriyle tarif etmektedir: "Mudarebe bir taraftan mal, diğer taraftan da çalışmak (emek) ortaklığıdır."

Birinci tarifte kullanılan ifadelerden birisi olan *"vermesi"* kelimesi mudarebe-

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 309; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 57, vd.; *el-Mebsût,* XXII, 18; *Tebyînu'l Hakâik,* V, 52; *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 504; *Mecmau'd-Damânât,* 303.

2- Aynı yerler.

nin evde oturmak gibi bir menfaat üzere ve deyn üzere sahih olamayacağını ifade eder. Bu deyn (alacak), ister amil üzerinde bulunsun ister başkası üzerinde bulunsun farketmez. "Kârın ortak olması" ifadesi de vekilin mudarib olmadığını açıklamaktadır. Akti yapan tarafların kârda ortak olmalarının sebebi işe şudur: Mal sahibi malı sebebiyle kârı hak eder; çünkü kâr onun malının artışıdır. Müdarib (emeği ile çalışan) ise kârın var olmasının sebebi olan emeği itibarıyla buna hak kazanmaktadır.

. Buna göre kârın tümü, sermaye sahibine şart koşulacak olursa bu akit mübadaa olur. Eğer kârın tümü müdaribe tahsis edilecek olursa, bu da bir karz olur.

Meşruluğu: Mezheb imamları Kur'an, sünnet, icma ve kıyastan deliller getirerek mudarebenin caiz olduğu üzerinde ittifak etmişlerdir. Ancak bu akit garar ve meçhul icareden istisna edilmiştir.

Kur'an-ı Kerim'den delil, yüce Allah'ın şu buyruğudur: *"Diğer bir kısmı da Allah'ın lütfundan arayarak yeryüzünde yola, sefere çıkacaklar."* (Müzzemmil, 20) Mudarib ise, Aziz ve Celil olan Allah'ın lütfundan arayarak yeryüzünde yol teper. Kur'an-ı Kerim'den bir başka delil Yüce Allah'ın şu buyruklarıdır: *"Artık namaz kılındı mı yeryüzüne dağılın; Allah'ın lütfundan arayın."* (Cuma, 10); *"Rabbinizin rızkından istemenizde size bir günah yoktur."* (Bakara, 198) Bu ayet-i kerimeler genel manaları ile, mutlak olarak, malda mudarebe yolu ile çalışmayı da kapsamaktadırlar.

Sünnetten deliline gelince: İbni Abbas'ın şöyle dediği rivayet edilmektedir: *"Bizim efendimiz Abbas b. Abdulmuttalib malı mudarebe yapılmak üzere verdiğinde onun sahibine o malı deniz yolundan götürmemesini, malıyla birlikte bir vadide konaklamamasını ve o mal ile canlı bir binek hayvanı satın almamasını şart koşardı. Bunu yaptığı takdirde tazminatını ödeyecekti. Koştuğu bu şart Resulullah (a.s.)'a ulaşınca o da bu şartı geçerli kabul etti."* [1] İbni Mace'nin Suhayb (r.a)'dan rivayetine göre Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Üç şeyde bereket vardır: Belli bir süreye kadar satmak, mukaraza (yani mudarebe) ve satmak maksadıyla olmamak üzere evde kullanmak kasdıyla buğdayı arpaya karıştırmak."* [2]

İcmaya gelince: Ashab-ı Kiram'dan bir grubun, yetimin malını mudarebe yapılmak üzere verdiklerine ve kimsenin buna karşı çıkmadığına dair yapılan rivayet-

1- Bu hadisi Taberanî rivayet etmektedir. el-Heysemî şöyle demiştir: Senedinde Ebu Cârûd el-A'mâ vardır; bu da *metruk*, yalancı bir ravidir. *Mecmau'z-Zevâid*, I, 161.

2- İsnadı zayıftır. (Bk. *Sübülü's-Selâm*, III, 76) Doğrusu İbni Hazm'ın *Merâtibü'l-İcmâ* adlı eserinde söylediği şu sözlerdir: "Fıkhın bütün bahislerinin Kitaptan yahut sünnetten dayandıkları bir esasları vardır, bundan istisna ancak kirâz (mudarebe)'dır. Buna dair Kitap ve sünnette hiç bir esas bulamadık. Fakat mücerret ve sahih bir icmadır. Kesinlikle söyleyebileceğimiz de şu ki; Hz. Peygamberin asrında mudarebe vardı ve o, onun var olduğunu bilip ikrar etmiştir. Zaten böyle bir şey olmasaydı caiz olmazdı." *et-Telhîsü'l-Habîr*, 255.

tir. [1] Buna göre bu bir icma olmuştur. Rivayete göre: *"Hz. Ömer (r.a)'in iki oğlı Abdullah ile Ubeydullah, Irak'a giden ordu ile birlikte sefere çıkmışlardı. Seferlerinden geri döneceklerinde Hz. Ömer'in tayin ettiği valilerden birisi olan Ebu Musa el-Eş'ari'ye yolları uğrar. Onları güzel karşılar, kolaylıklar sağlar ve şöyle der: "Size fayda sağlayabilecek bir iş yapabilseydim onu yapardım." Daha sonra şöyle dedi: "Evet, burada Allah'ın malından bir miktar mal (zekât) bulunmaktadır. Ben bunu müminlerin emirine göndermek istiyorum. Ben size bunu borç olarak vereyim; siz de bununla Irak'tan bazı şeyler satın alır, ondan sonra da Medine'de satarsınız. Bunun sermayesini müminlerin emirine verirsiniz, kârı da sizin olur." Her ikisi de: "Bu işi biz yapabiliriz." deyince; Ebu Musa bunu yaptı ve Hz. Ömer'e de bu malı onlardan almak için mektup yazdı. Medine'ye varıp o malı sattılar ve kâr ettiler. Hz. Ömer şöyle dedi: "O bütün askerlere size bu şekilde borç verdiği gibi borç verdi mi?" Oğulları, hayır, deyince; Hz. Ömer şöyle dedi: "Emirü'l-mü'minin çocuklarısınız diye size borç vermiştir. Hadi malı kârı ile birlikte bana geri veriniz." Abdullah sesini çıkarmadıysa da Ubeydullah şöyle dedi: "Ey müminlerin emiri, eğer mal telef olsaydı, biz onun tazminatını ödeyecektik." Hz. Ömer yine: "Onu ödeyiniz," dedi. Abdullah yine sustu; Ubeydullah yine aynı sözü söyledi. Hz. Ömer'in yanında oturanlardan birisi şöyle dedi: "Ey mü'minlerin emiri! Sen bunu aralarında bir kırâz işlemi olarak değerlendirsen* (yani mudarebe hükmü gereğince yani kârın yarısını ikisine, öbür yarısını da beytülmale ayırmak şeklinde yapsan.) *Hz. Ömer buna razı oldu, sermayeyi ve kârın yarısını aldı. Abdullah ile Ubeydullah da kârın diğer yarısını aldılar."* [2]

Kıyastan deliline gelince: Mudarebe insanların ihtiyaç duymaları sebebiyle müsakâta (bir taraftan ağaç, asma gibi bitki vermek diğer taraftan çalışıp bunları yetiştirme esası üzerine yapılan şirket) kıyas edilmiştir. Çünkü insanların kimisi zengin, kimisi fakirdir ve birisinin bazen malı olabilir, fakat ne şekilde tasarruf edeceğini bilemez, ne şekilde ticaret yapacağını tespit edemez. Diğer taraftan kimisinin malı bulunmamakla birlikte tasarrufta mahareltlidir. O bakımdan bu aktin meşru kılınmasıyla her iki tarafın da ihtiyacı karşılanmaktadır. Şanı yüce Allah da bütün akitleri sadece kulların maslahatı dolayısıyla ve ihtiyaçlarını gidermek için meşru kılmıştır. [3]

Rüknü, Lafızları ve Türleri: Hanefîlere göre mudarebe aktinin rüknü, bunlara delâlet eden lafızlarla yapılacak icap ve kabuldür.

1- *Nasbu'r-Râye,* IV, 113.

2- Bu haberi İmam Malik *Muvatta*'da Zeyd b. Eslem'den, o da babasından rivayet etmiştir. Ayrıca İmam Malik'ten Şafiî, *Müsned*'inde rivayet etmiştir. Şafiî yoluyla da Beyhakî, *el-Ma'rife* adlı eserde, Darekutnî de *Sünen*'de Abdullah b. Zeyd b. Eslem'den, o dedesinden, o babasından rivayet etmiştir. *Tenvîrü'l-Havâlık,* II, 173; *Nasbu'r-Râye,* IV, 113; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 254.

3- *el-Bedâyi',* VI, 79; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadir,* VII, 58; *el-Mebsût,* XXII, 18; *el-Mühezzeb,* I, 284 *Muğni'l-Muhtâc,* II, 309

İcap lafızları: Mudarebe, mukaraza ve muamele lafızlarıdır. Aynı manaya gelen başka kelime veya ibareler de olabilir. Meselâ rabbü'l-mal (sermâye sahibi)nin *"Şu malı Yüce Allah'ın bize ihsan edeceği kâr aramızda yarı yarıya, dörtte bire, dörtte üç, üçte bir yahut buna benzer miktarı belli cüzlerle paylaştırılmak üzere mudarebe yapmak için al."* demesi gibi.

Aynı şekilde mukaraza yahut muamele tabirlerini kullansa da durum böyledir. Yahut: "Şu malı al, onu çalıştır, Allah'ın bize ihsan edeceği rızık da şu esasa göre aramızda paylaştırılsın." deyip bundan fazlasını söylemese bu da caizdir. Çünkü o, bu aktin manasını ifade edecek bir lafız kullanmıştır. Akitlerde muteber olan lafızların şekilleri değil, manalardır.

Kabul lafızları ise mudarebe yapacak olan âmilin (emeğini ortaya koyacak olanın): "Aldım, razı oldum, kabul ettim" ve benzeri lafızlar söylemesidir. İcap ile kabul gerçekleşti mi akit de tamam olur. [1]

Cumhura göre ise mudarebenin rükünleri üç tanedir: Akti yapan iki taraf (malik ve âmil), ma'kudunaleyh olan re'sulmal (sermaye), çalışma (emek ve kâr) siga (icap ve kabul)dır. Şafiîler ise bunları beş tane olarak saymaktadır: Mal, emek, kâr, [2] siga ve akti yapacak iki taraf.

2. Türleri

Mudarebe mutlak ve mukayyet olmak üzere iki türlüdür. [3]

Mutlak mudarebe: Kişinin malını bir diğerine kayıtsız olarak vermesi ve: "Ben bu malı sana kâr aramızda yarı yarıya yahut üçte bir ve buna benzer oranlarda olmak üzere mudarebe yapman için veriyorum." demesi ile olur.

Mukayyet mudarebe: Bir kişinin bir başkasına meselâ, mudarebe yapmak üzere bin dinar verip muayyen bir beldede yahut muayyen bir mal üzerinde veya muayyen bir süre ile çalışmasını şart koşması veya ancak muayyen bir kişi ile alışveriş yapması şartı ile vermesidir. Bu son iki tür yani süre tayin etme ile kişi tahsis etme türleri, Ebu Hanife ile İmam Ahmed'e göre caiz olup Malik ve Şafiî'ye göre caiz değildir. Aynı şekilde öncekilere göre mudarebenin geleceğe izafe edilmesi caiz olup ötekilerine göre caiz değildir. Meselâ, sermaye sahibinin: "Sen bu malı gelecek ayın başından itibaren mudarebede kullan." demesi mudarebenin geleceğe izafe edilmesidir. Mal sahibinin: "Filan kişi benim ondan alacağım olan miktarı (ki bin dinardır) sana getirir ve sana teslim ederse, onunla mudarebe yap." demesi halinde olduğu gibi mudarebenin bir şarta bağlanmasını Hanbelîler caiz kabul ederken Hanefîlerle Malikî ve Şafiîler caiz kabul etmemektedirler. Çünkü mudarebe kârdan

1- *el-Bedâyi',* VI, 79 vd.
2- *el-Bedâyi',* VI, 87.
3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 310.

belli bir kısmın mülk olarak verilmesini ifade eder. Temlik ise başka bir şarta bağlanmayı kabul etmez. (1)

Mudarebe Aktinin Niteliği: İlim adamları mudarebe aktinin, âmilin işe başlamasından önce lâzım (bağlayıcı) olmadığı ve bu durumda akit taraflarından her birisinin bunu feshedebileceği üzerinde ittifak etmişler, ancak âmil mudarebeye başlayacak olursa, niteliğinin ne olduğu hususunda farklı görüşlere sahip olmuşlardır. İmam Malik şöyle demektedir: Mudarebe başlamakla birlikte lâzım (bağlayıcı) ve miras alınan bir akittir. Mudaribin şayet güvenilir çocukları varsa, onlar da babaları gibi mudarebe aktinde veya kırâz aktinde bulunurlar. Eğer güvenilir kimseler değil iseler, güvenilir bir kişiyi getirme imkânına sahiptirler. Amil işe başladıktan sonra akit, mal ticaret malı olarak değil de, tekrar nakde dönüşünceye kadar fesholmaz.

Ebu Hanife, Şafiî ve İmam Ahmed şöyle demektedir: Akit lâzım (bağlayıcı) değildir. Akit taraflarından her birisi dilediği vakit akdi feshedebilir ve bu akit miras alınmaz.

İki grup arasındaki görüş ayrılığının kaynağı şudur: İmam Malik feshedilmesinin doğuracağı zararlar dolayısıyla işe başlanılmasından sonra akti lâzım (bağlayıcı) kabul etmektedir. Dolayısıyla bu, miras alınan akitlerden olur. İkinci grup ise işe başlamayı işe başlamadan önceki duruma benzetmişlerdir. Çünkü mudarebe, başkasının malında izni ile yapılan bir tasarruftur. O bakımdan akit taraflarından her birisi -vedia ile vekâlette olduğu gibi- akti fesihetme imkânına sahiptir. (2)

Fakat Hanefîlerle onlara muvafakat edenler, feshin sıhhati ve mudarebenin son bulması için diğer akit tarafının feshi bilmesini şart koşmuşlardır. Diğer şirket türlerinde olduğu gibi, Hanefîler ayrıca sermayenin fesih esnasında nakit olmasını da şart koşarlar. Şayet akar veya menkul gibi mal olur ise, onlara göre fesih sahih olmaz.

Şafiîlerle Hanbelîler de şöyle demektedir: Mudarebe akti feshedilirken, sermaye ticaret malı olarak bulunuyorsa ve akit tarafları onu satmak yahut paylaştırmak üzere ittifak ederlerse bu caizdir. Çünkü bu konuda hak onlarındır; onları aşmak söz konusu değildir. Şayet âmil satılmasını ister, sermayeyi veren de bunu kabul etmezse, sermaye sahibi satışı kabul etmeye mecbur edilir. Çünkü âmilin kârda hakkı vardır. Kâr ise ancak satış ile gerçekleşir. (3)

1- *el-Mîzân, (eş Şa'rânî),* II, 92; *el-Muğnî,* V, 62-63; *el-Muntezaü'l-Muhtâr,* Zeydî fıkhı- III, 320; *el Mühezzeb,*I, 386; *eş-Şerhu'l-Kebîr ed-derdîr,*III, 521; *Gâyetu'l-Münteha,* II, 173; *Keşşâfu'l-Kınâ* III, 497.

2- *Badâyetü'l-Müctehid,*II, 237; *el-Hirşî,* VI, 223, ikinci baskı; *el-Bedâyi',* VI, 109; *el-Mühezzeb,*I 388; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 319; *el-Muğnî,* V, 58.

3- Aynı yerler.

Mudaribin Birden Çok Olması:

Malikîler şöyle demektedir: [1] Kırâz aktinde âmil (emeği ile çalışan) birden çok olursa kâr, aralarında bedenî ortaklıklarda olduğu gibi çalışma miktarına göre dağıtılır. Yani onlardan her birisi kârdan çalıştığı kadarını alır. Çalışmakta birbirlerine eşit olmakla birlikte kârlarının farklı olması yahut aksi caiz değildir. Kâr, meşhur kabul edilen görüşe göre çalışma miktarına göre dağıtılır.

Kanuna Göre Kurulmuş Yeni Şirket Çeşitleri:

Beşeri kanunlarda şahısların kurdukları ticari şirketler olan tedamun (kollektif), basit tavsiye (adi komandit) ve hisseli şirketlerin hepsi, genel olarak kanun ile şeriat arasında bir takım hükümlerde -insanların maslahatının ve gelişmenin tabiatı gereği- farklılıklar bulunmakla birlikte mudarebe ortaklığı kabilindendirler. Tedamun (kollektif) şirketlerinde mal, bütün ortaklar tarafından konulur, fakat onların bir kısmı çalışır. Bu durumda çalışan kişi başkasının malında mudarebe yapıyor demektir. Adi komandit şirket, şirketin sorumlulukları karşısında, sorumlu olan bir kısım ortaklardan her birisinin sorumluluğu sadece verdiği malî hisse çerçevesine münhasır olan diğer bir kısım ortaklardan oluşur. Bu durumda ortaklık, bu şekilde sorumluluğu sınırlı olan kimselerin mallarında mudarebe ortaklığı kabul edilir. Hisseli şirkette ise, paylar çalıştırılmak üzere ortaklardan birisine teslim edildiği takdirde, bu ortak bu malı çalıştırmak hususunda onların vekili olur. Başkasına ait olan malda onun çalışması ise mudarebe olur.

İşte mal yahut anonim şirketlerde de çalışma âdeten o şirketteki mal sahiplerinden başkası tarafından yapılır. Bu tür şirketler de böyle bir durumda mudarebe türünden sayılırlar. Aynı şekilde ortak sayısı elli ortağın üstüne çıkmayan limited şirket de müdürünün çalışması -hocamız eş-Şeyh Ali el-Hafif'in görüşüne göre [2]- kırâz yani mudarebe yolu ile bir çalışmadır. Ancak şirket müdürünün bu çalışmasının bir çeşit görevlendirme olarak kabul edilmesi daha hassas bir yaklaşımdır. Çünkü o, ortaklık gereği olarak değil, görevlendirildiği için belli bir ücret ile çalışmaktadır. Şer'an anonim ortaklıkta yahut kollektif şirketlerde şirket müdürünün iş görmek üzere ücretli bir memur olarak kabul edilmesinde bir mahzur olmadığı gibi, bir tek şeyde ortaklık ve icare niteliğinin bulunmasında da bir engel yoktur. Çünkü içerisinde iki akit yahut iki şartın varlığının yasaklanmış olması şeklindeki illet yahut hikmet zail olduğu takdirde, akit de zail olur. Bu illet yahut hikmet ise, anlaşmazlığın ve ayrılığın çıkma ihtimalidir. Adet ve örfte görülen ise, bu gibi hususlarda genellikle anlaşmazlığın çıkmadığı şeklindedir. O halde bu, artık ifsat edici bir şart değildir. Bunu biraz sonra da tekrar açıklayacağız.

3. Mudarebede Aranan Şartlar

Mudarebenin sahih olması için akti yapan taraflarda, sermayede ve kârda bir

---

1- *el-Hırşî*, VI, 217.

2- Prof. Ali el-Hafif *eş-Şerikât fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 92-97. (Bahsin sonunda bu kanaaaatlere katılmanın

takım şartlar aranır. Akti yapan taraflar olan rabbu'l-mal (sermaye sahibi) ile mudarib (emeği ile çalışacak olan kişi)'de aranan şartlar, vekâlet vermek ve vekâlet ehliyetidir. Çünkü mudarib, mal sahibinin emri ile tasarruf etmektedir. Bu ise telkin yani vekâlet vermek demektir. Her ikisinin müslüman olması şartı yoktur. Buna göre mudarebe, daru'l-İslam'da müslüman ile zimmî ve müstemen arasında da sahih olur. Malikî mezhebince kabul edilen görüş ise, faiz gibi bir haram ile amel edilmiyorsa, müslüman ile zimmî arasında böyle bir ortaklığın mekruh olduğudur.

Sermayede aranan şartlar:

1- Sermaye, inan şirketinde olduğu gibi tedavülde kullanılan nakitlerden yani dinar, dirhem ve benzerlerinden olmalıdır.

Buna göre mudarebe ulemanın cumuhuruna göre akar yahut menkul ticari mallarla caiz değildir. Taşınabilir olan mal mislî olsa dahi böyledir. Hanefîler ve Hanbelîler bu görüştedir. İbni Ebî Leylâ ve Evzaî ise bunu caiz kabul etmişlerdir. Bu durumda ortaklık mudarebe aktinin yapıldığı esnadaki kıymetleri üzerinde akdolur. Cumhurun bu konudaki delili şudur: Sermaye mal olursa bu bir garar olur. Çünkü mudarebe o takdirde paylaştırma esnasında kârın bilinmemesi sonucunu doğurur. Zira malların kıymeti tahmin ve zan ile bilinebilir. Kıymet biçenlerin farklılığına göre de farklılık gösterir. Bilinmezlik ise anlaşmazlığa götürür, anlaşmazlık ise fesadı doğurur. [1] Bu durumda âmilin sermaye sahibinden ecr-i misil alacağ ortaya çıkar.

Malikîlere göre inan şirketinde caiz olmakla birlikte, malın mudarebede sermaye olmasının caiz olmaması, mudarebenin sadece hakkında varit olduğu çerçeveye münhasır olmak üzere bir ruhsat olmasından ötürüdür.

Birisi bir başkasına bir mal verip ona: "Bunu sat ve semeni ile mudarebe yap." dese, o da bunu nakit ile satsa ve bunda tasarrufta bulunmak halinde olduğu gibi, sermaye malların satılması mukabilinde alınan şeyler olursa, Ebu Hanife, Malik ve Ahmed'e göre bu akit caizdir. Çünkü bu durumda mudarebe mala izafe edilmemiştir. Onu malın semenine izafe etmiştir. Semen ile mudarebe ise sahihtir.

Şafiî mezhebinde ise akit caiz değildir. Çünkü onunla o malın satılacağı bedel üzere mudarebe yapmıştır. Bu bedel ise meçhuldür. Sanki meçhul bir sermaye üzerinde onunla mudarebe yapmış gibi olur. Mudarebe mal üzerinde sahih olmadığı gibi, aynı şekilde saf ve sikke haline gelmemiş altın ve gümüşte de sahih değildir; felslerde de sahih değildir. Ebu Hanife, Ebu Yûsuf ve Malik'e göre bu böyledir. Çünkü bunlar mutlak olarak semen diye muteber değildirler. İmam Muhammed'e göre ise bu caizdir; çünkü ona göre bunlar -malî şirketler bahsinden öğrendiğimiz

zorluğuna dair notumuza bakılabilir. Çeviren.)

1- *el-Mebsût,* XXII, 33; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 53; *el-Bedâyi',* VI, 82; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 234; *e. Mühezzeb,* I, 385; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 310; *Tekmiletu Fethi'l-Kadir,* VII, 58; *el-Hirşî,* VI, 203 209, ikinci baskı; *ed-Derdîr,*III, 518, vd.; *el-Kavânînu'l- Fıkhıyye,* 282.

gibi- eşyalara karşılık semendirler.

Netice olarak, ortaklıkta sermaye olabilen ve şirket aktinin kendisi ile sahih olduğu her şey ile mudarebe de sahihtir, değilse sahih değildir.

2- Sermayenin miktarı belli olmalıdır:

Şayet sermayenin miktarı bilinmeyecek olursa mudarebe sahih olmaz. Çünkü sermayenin bilinmemesi kârın da bilinmemesi sonucunu verir. Kârın belli olması ise mudarebenin sıhhati için bir şarttır.

3- Sermaye hazır ve ayn (yani muayyen) olmalıdır, deyn (alacak) olmamalıdır. Mudarebe alacak üzerinde ve hazır olmayan mal üzerinde sahih değildir. Buna göre alacağı bulunan kimseye: "Sendeki alacağım ile mudarebe yap." demesi caiz olmaz. Bu ve bundan önceki şart üzerinde ilim adamlarının ittifakı vardır. Deyn (alacak) ile mudarebe fasittir. Çünkü kendisinden alacağı bulunan kişinin elindeki deyn o kişinindir. Bunun alacaklısına ait bir mal olması onu kabzetmesiyle mümkündür. Burada ise kabz bulunmamaktadır. [1]

Şart, malın tasarruf esnasında hazır olmasıdır. Akit meclisinde hazır olması şartı yoktur. Eğer borcu ödeyip bunu da mudaribe teslim edecek olsa yahut hazır olmayan mal hazır edilse ve mudaribe teslim edilse, mudarebe sahihtir.

Buna göre sermaye sahibinin bir kişi üzerinde bir alacağı olsa ona: "Senin zimmetinde bulunan alacağım ile yarı yarıya mudarebe yap." diyecek olsa, Ebu Hanife bu konuda şöyle demiştir: Eğer borçlu kişi bununla satın alır ve satarsa bütün alıp sattığına bizzat kendisi malik olur. Kârı da kendisine ait olur, zararı da kendisinden gider. Borç yine olduğu gibi onun zimmetinde devam eder. Bu hükmü onun kabul etmiş olduğu: "Bir kişi birisine zimmetinde alacağı ile bir şey satın almak üzere vekâlet verirse bu caiz olmaz." şeklindeki aslî ilkesi üzerine kurulmuştur.

Bu aynı zamanda Malikî, Şafiî ve Hanbelî mezhepleri ile de uyum halinde olan bir görüştür. Onlara göre de mudaribin zimmetinde bulunan ve başkasına ait olan borcu ile mudarebe sahih olmaz. Bu borcun alacaklısına teslim edilmesi kaçınılmaz bir şeydir. Bundan sonra alacaklı bunu ikinci bir defa mudaribe teslim eder. Ebu Yûsuf ile Muhammed şöyle demişlerdir: Bütün alıp sattığı şeyler sermaye sahibinindir. Kârı da zararı da ona aittir. Bu ise onların az önceki vekâlette kabul etmiş oldukları şu asıl ilkeye dayanmaktadır: Böyle bir vekâlet vermek caizdir ve bu durumda borçlu borcundan ibra olur. Fakat mudarebe fasittir. Çünkü satın alma, vekâlet veren kişi adına olmuştur; artık bundan sonra mudarebe mal ile mudarebe olur. Sanki onu mal satın almak için vekil tayin etmiş, sonra da mudarebe yapmak üzere

1- *el-Bedâyi'*, VI, 83; *Fethu'l-Kadîr*, VII, 59; *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 506; *Bidâyetül-Müctehid*, II, 33[illegible] *Muğni'l-Muhtâc*, II, 310; *el-Muğnî*, V, 67; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, II, 263; *el-Kavâninu'l-Fıkhıyye*, a.y. *el-Hırşî*, VI, 202, 204.

ona vermiş gibidir. Mallarda mudarebe ise, sahih olmaz.

Deynin (alacağın) Kabzedilmesi: Bir kişi birisine: "Benim filan üzerindeki deynimi (alacağımı) kabzet ve onunla mudarebe yap." diyecek olsa bu, ilim adamlarının ittifakı ile caizdir. Çünkü bu durumda mudarebe onun elinde emanet olarak bulunan ve kabzedilecek şeye izafe edilmiştir. Dolayısıyla sermaye deyn (alacak) değil ayn olmuş olur. Yani mudarib bu durumda o deyni kabzetme hususunda kendisinden emin olunan bir vekil durumundadır. Çünkü onu malikinin izniyle başkasından kabzetmiştir. Dolayısıyla bunu mudarebede kullanması caiz olur. Nitekim: "Bu malı benim kölemden kabzet ve onunla mudarebe yap." demesi halinde de durum böyledir.

Vedia (Emanet): Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlere göre eğer bir kişinin elinde bir vedia bulunur ve vediayı bırakmış olan kişi ona: "Bununla mudarebe yap" diyecek olursa, mudarebe caiz olur. Çünkü vedia sermaye sahibinin mülküdür. Bu vedia üzere onunla mudarebe yapması caizdir. Nitekim bu, hazır olup ona: "Ben seninle bu bin (dinar veya dirhem) ile mudarebe yapıyorum." dese ve evin köşesini ona işaret edip gösterse caizdir. Bu durum ile deyn arasındaki fark ise şudur: Deynde malın ayn'ı, alacaklının ancak o deynini (borcun) kabzedilmesi ile mülk olması söz konusudur.

Malikîler ise şöyle demektedir: Rehin bırakılmış şeyin yahut vedianın mudarebede sermaye olması caiz değildir; çünkü bunlar da alacağa benzemektedir.

Mağsub (Gasbedilmiş): Eğer mal gasbedilmiş ise bu mal ile gâsıpla mudarebe yapacak olsa caizdir. Çünkü bu sermaye sahibine ait bir mal olup onu gâsıpına ve gâsıptan alabilecek kimseye satması mübahtır. Bu açıdan vediaya benzemektedir. (1)

4- Sermaye amile (emeği ile onu çalıştıracak olana) teslim edilmiş olmalıdır:

Ta ki o sermayede çalışma imkânını elde edebilsin. Diğer taraftan sermaye onun elinde bir emanettir. Bu ise ancak teslim ile sahih olur. Teslim ise vediada olduğu gibi, tahliyeden yani âmili sermaye ile başbaşa bırakmaktan ibarettir. Sermaye sahibinin, malı elinde tutması halinde mudarebe sahih olmaz. Çünkü o malı elinde bulundurduğu sürece teslim tahakkuk etmemektedir. Buna göre sermayenin sahibinin eli altında kalmaya devam etmesi şartı koşulacak olursa, mudarebe akti fasit olur.

Bu şart üzerinde cumhurun ittifakı vardır. (Yani Ebu Hanife ve talebeleri Malik, Şafiî, Evzaî, Ebu Sevr ve İbnü'l-Münzir görüş birliği etmişlerdir.) Hanbelîler ise malikin malı elinde bulundurmasının şart koşulmasını caiz kabul ederler.

1- *el-Bedâyi'*, VI, 83; *el-Muğnî*, V, 68 vd.; *el-Mühezzeb*, I, 385; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 310.

Malikîler, âmilin, ücretsiz olarak (meccanen) sermaye sahibinin çalışmasını da şart koşmasını caiz görmüşlerdir. Yani kırâz (mudarebe) malında onunla birlikte çalışmasını şart koşabilir. Yahut sermaye sahibinin hayvanının da malın çok olması halinde çalışmasını şart koşabilir. Nitekim Malikîler kırâz yapmak isteyen kimsenin arka arkaya iki malı bir tek âmile ödemesini, eğer ikincisini ödeme halinde her iki malı karıştırmayı şart koşacak olursa, caiz kabul etmişlerdir. Çünkü bu durumda belli bir tek ücrete dönülmüş olmaktadır.

Böyle bir şart ile mudarebe, mal şirketlerinden farklı bir durum arzetmiş olmaktadır. Çünkü mal şirketlerinin sermaye sahibinin malı elinde tutması halinde de sahih olduğu bilinmektedir. Aradaki fark da şudur: Mudarebe iki taraftan birisinin sermaye koyması esası üzerinde akdolmuştur. Diğer taraf ise emeği ile çalışacaktır. Çalışmanın gerçekleşmesi ancak malın sahibinin elinden çıkması ile mümkündür ki onda tasarruf edebilmek söz konusu olsun. Mal şirketleri ise her iki tarafın da çalışması üzere akdolmuştur. Sermaye sahibinin çalışmaması şart koşulacak olursa, böyle bir şart aktin gereğine aykırıdır. Nitekim mudarebede sermaye sahibinin çalışması şartı koşulacak olursa, sermaye sahibi mudarib ile (emeği ile çalışanla) ister çalışsın ister çalışmasın mudarebe fasit olur. Çünkü onunla beraber çalışmasını şart koşmasının anlamı, malın elinde kalmasını şart koşmaktır. Bu, fasit bir şarttır. Çünkü mudaribin tasarruf imkânını engellemektedir. O bakımdan akitten gözetilen maksat tahakkuk etmez. (1)

Malik ister akti yapan olsun ister olmasın, bu şart bulunmalıdır. Sermayenin, sahibinin eli altında olmaması, mudarebenin sahih olması için kaçınılmaz bir şarttır. Buna göre, baba yahut vasi, küçüğün malında mudarebe yapacak ve küçüğün çalışmasını şart koşacak olursa mudarebe sahih olmaz. Çünkü o mal aslında küçüğün eli altında kabul edilmektedir. Malın eli altında kalması mudaribe teslim edilmesine manidir. (2) Aynı şekilde mudarebe yahut inan ortaklarından birisi, bir malı mudarebe yoluyla verip ortağının mudarib ile çalışmasını şart koşacak olursa, akti yapan kendisi olmasa dahi, ortağının mülkiyeti devam ettiğinden ve bu teslimin gerçekleşmesine engel olduğundan dolayı mudarebe fasittir. (3)

Bu şarta göre eğer mudarib malı sermaye sahibine üçte bir ile mudarebe yoluyla geri verecek olursa, ikinci mudarebe fasittir, birinci mudarebe ise hali üzere caiz olarak devam eder.

1- Dikkat edilecek olursa bu şart ile ilgili ayrılıklar, sermaye sahibinin çalışmasının akitte şart koşulması hakkındadır. Eğer sermaye sahibi şart olmaksızın kendisi teberru yolu ile çalışacak olur ise, meselâ mudaribin onun yardımını alması şeklinde ortaya çıkarsa bunun mudarebenin sıhhatine etki etmeyeceği ittifakla kabul edilmiştir. *Prof. el-Hafîf, a.e.* 70.

2- Eğer mudaribe bizzat babanın yahut vasinin kendisi ile birlikte çalışmasını şart koşacak olursa, bu ittifakla caizdir. (a.g.e.; a.y.)

3- *el-Mebsût,* XXII, 83 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 56; *el-Bedâyi',* VI, 84 vd.; *Tekmiletu Fethi'l-Kadir* VII, 63; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 506; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 310; *Keşşâfu'l-Kınâ',* II, 262; *eş Şerhu'l-Kebîr,* III, 530; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* IV, 163; *el-Hırşî,* VI, 210, 212, ikinci baskı.

Kârda aranan şartlar:

1- Kârın miktarı belli olmalıdır:

Çünkü ma'kudunaleyh (üzerinde akit yapılan şey)yahut akitten gözetilen maksat kârdır. Ma'kudunaleyhin bilinmemesi ise aktin fasit olmasını gerektirir. (1) Bir kişi bir başkasına kârda ortak olmak üzere bin dirhem verse ve kârın miktarını açıklamasa akit caizdir. Bu durumda kâr aralarında yarı yarıya olur. Çünkü ortaklık yüce Allah'ın: *"Onlar üçte birde ortaktırlar."* (Nisa, 12) buyruğunda olduğu gibi, eşitliği gerektirir.

Mudarebenin Fasit Olma Hali ile Sadece Hanefîlere Göre Şartın Fasit Olma Hali:

Eğer kârın bilinmemesi sonucunu veren bir şart bulunuyor ise akitten maksat olarak gözetilen kârın durumunda bir halel meydana geleceğinden, mudarebe akti fasit olur.

Şayet şart kârın bilinmemesi sonucunu vermiyor ise, şart batıl olur, akit sahih olur. Meselâ, mal sahibi zararın mudarib tarafından yahut her ikisi tarafından karşılanmasını şart koşacak olursa, bu şart batıldır, akit sahih kalır. Zarar, mudarebe yapılan maldan, dolayısıyla malın sahibinden gider. Zararın ikisi tarafından karşılanacağı şartının fasit oluş sebebi ise şudur: Zarar maldan telef olmuş bir kısım olarak kabul edilir. Dolayısıyla bunun ancak sermaye sahibi tarafından karşılanması söz konusudur. Yoksa bu, kârın bilinmemesi sonucunu doğurup akte etki ederek onu fasit kıldığından dolayı değildir.

Bir diğer misâl: Birisi ötekine, kâr aralarında yarı yarıya olmak üzere mudarebe yapması için bin dinar verse ve bu arada sermaye sahibinin bir sene süreyle ekmek üzere arazisini ona vermeyi yahut bir sene oturmak üzere evini vermeyi şart koşacak olsa, bu şart batıl mudarebe ise caizdir. Çünkü sermaye sahibi aktin gereği olmayan fasit bir şartı buna ilhak etmiştir. Şayet mudarebe yapacak olan mudarib üzerine bu şart koşulacak olursa yani sermaye sahibi onun arazisini bir sene ekmek üzere yahut evinde bir sene kalmak üzere evini kendisine teslim etmesini şart koşacak olursa, mudarebe fasit olur. Çünkü bu durumda kârın yarısını kendi işinin ve ayrıca evinin yahut arazisinin kirası olarak tespit etmiş olmaktadır. Bu durumda yapılacak işin kârından alacağı pay, akitte belli olmamaktadır. İşte bundan dolayı akit sahih olmaz. (2)

Kısacası Hanefîlere göre fasit oluşun tespit ölçüsü mudarebede şartın bulunmasıdır. Eğer bu şart mudarebenin sıhhat şartlarından her hangi birisinin bulunma-

---

1- *el-Mebsût*,XXII, 27; *el-Bedâyi'*, VI, 85; *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 55 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*,IV, 505 *Bidâyetü'l-Müctehid*,II, 234; *Muğni'l-Muhtâc*,II, 313; *el-Mühezzeb*,I, 385; *el-Muğnî*,V, 30 *Nihâyetü'l-Muhtâc*,IV, 162; *el-Hırşî*, VI, 209.
2- *el-Bedâyi'*, VI, 86; *Tekmiletu Fethi'l-Kadir*,VII, 62.

ması sonucunu veriyor ise mudarebeyi ifsat eder; kârın bilinmemesi yahut sermayenin tamamıyla mudaribe teslim edilmemesi gibi. Şayet bu şart, mudarebenin sıhhat şartlarına dokunmuyor ise, mudarebede fasit bir şart koşulmuş olur; bu da mudarebeyi ifsat etmez. Ancak şartın kendisi fasit ve boştur, mudarebe sahihtir; zararın mudarib tarafından karşılanmasını şart koşmakta olduğu gibi. Böyle bir şart batıldır, mudarebe ise sahihtir.

Şayet kârın tümü sermaye sahibine ayrılacak ve mudarib de bu sermayede karşılıksız olarak çalışmayı kabul edecek olursa, bu akit mudarebe olmaz. Fakat böyle bir aktin adı ibda veya mubadaa olur, âmil de bu sermayeyi ibda yapan kişi olarak kulanmış olur.

Eğer mudarebede kârın tümünün mudaribe ayrılması şart koşulacak olursa, bu durumda akit Hanefîlerle Hanbelîlere göre bir karz aktidir. Şafiîlere göre ise fasit bir mudarebedir. O taktirde çalışana yaptığı işin ecr-i misli verilir. Çünkü mudarebenin gereği kârda ortaklıktır. Şayet çalıştıracak olan, kârı kendisine almayı şart koşacak olursa bu şart fasit olur.

Hanefîlere göre ise akdi yapan taraflardan birisi için şayet kâr şu kadar dirhemden fazla olur ise belli miktarda dirhemin şart koşulması caizdir. Onlara göre böyle bir şart mudarebenin sıhhatinde menfi etkisi olmayan sahih bir şarttır. Çünkü bu, kârın bilinmemesi sonucunu doğurmaz. [1]

Malikîler de şöyle demektedir: Amilin, kârın tümünü kendisinin olması şartını koşması caizdir. [2] Bu konudaki ibareleri şöyledir: Kırâzda (mudarebede) kârın tümünün sermaye sahibine yahut âmile (çalışacak olana) veya başka birisine ait olması şartını koşmak caizdir. Çünkü böylesi bir tür teberrudur. Hakkında kırâz adının kullanılması ise mecazidir. Hakikaten bir kırâz akti değildir. Yani böyle bir durumda âmil, sermayeyi alacak olursa, kârın tümünün kendisinin olması şartı ile tazminatı altına almış olur. Çünkü böyle bir durumda bu, borç vermeye benzemektedir.

Hanefîlerle Hanbelîlerin görüşlerinin açıklaması da şöyledir: Eğer aktin mudarebe olarak sahih bir şekilde ele alınması mümkün değil ise, bu bir karz aktidir. Çünkü karzın manası ortaya çıkar. Akitlerde muteber olan onların taşıdıkları manalardır. [3] Buna göre şayet kârın tümünün sermaye sahibine olması şart koşulacak olursa, önceden de açıklamış olduğumuz gibi, ibda manası bulunacağından [4] bu akit onlara göre bir mubadaa aktidir.

1- Prof. el-Hafîf, a.g.e., 71.
2- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 335; *el-Hırşî*, VI, 203, 209.
3- *el-Bedâyi'*, a.y.; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 312; *el-Mühezzeb*, I, 385; *el-Muğnî*, V, 30.
4- Burada ibda, her hangi bir ücret veya karşılık vermeksizin vekâlet vermektir. Diğer bir ifade ile ivaz söz konusu olmaksızın bir kişiyi mal hususunda kullanmaktır. *el-Bedâyi'*, VI, 87.

2- Kâr şayi bir cüz olmalıdır:

Yani ondalık bir miktar yahut kârdan belli bir pay olarak tespit edilmelidir. Üçte bir, dörtte bir veya yarısı üzerinde ittifak etmeleri gibi. Bu ise bilinmeyen icare hükmünden bir istisnadır. Çünkü mudarabe aktinin caiz oluşu, insanlara karşı duyulan merhamettir. Eğer akit tarafları sının belli tespit edilmiş bir miktar tayin edecek olurlarsa, meselâ, fonlardan birisine yüz dinar daha fazla yahut daha az bir miktar tespit edilecek, geri kalanı da ötekisine verilecek diye şart koşulursa bu şart sahih olmaz ve mudarebe akti fasit olur. Çünkü mudarebe kârda ortak olmayı gerektirir. Böyle bir şart ise kârda ortaklığa engeldir. Çünkü mudaribin ancak tespit edilen bu miktar kadar kâr sağlayabilme ihtimali vardır. O vakit de kâr sadece onlardan birisine ait olur. Bu durumda ortaklık tahakkuk etmez; buna bağlı olarak bu tasarrufla mudarebe olmaz.

Amil kimseye, üzerinde ticaret yapılan malın kârı dışında bir miktarın tayin edilmesi caiz olmaz. Malikîler açıkça şunu ifade ederler: İşin bitirilmesinden sonra aktin taraflarının az veya çok bir cüz üzerinde karşılıklı olarak razı olmaları caizdir.

Aynı şekilde, kârdan bir fazlalık iki ortaktan birisine şart koşulacak olursa yine mudarebe akti fasit olur. Çünkü âmilin bu miktardan fazla kâr etmeme ihtimali vardır. Bu durumda kârda ortaklık tahakkuk etmez. Böyle bir halde âmile fasit mudarebenin diğer çeşitlerinde olduğu gibi ecr-i misil verilmesi söz konusudur. (1)

İbnü'l-Münzir şöyle demektedir: "Kendilerinden ilim bellediğimiz herkes, ortaklardan birisi kendi adına yahut her ikisi belli miktarda dirhem almayı şart koşacak olursa, kırâz aktinin batıl olacağı üzerinde ittifak etmişlerdir."

Buna göre bankalarda yatırılan paralara karşılık verilen faiz gibi kârdan belli bir miktar ile mudarebe sahih olmaz. Çünkü mudarebe meselâ, yüzde yedi gibi kesin bir oran sınırlaması olmaksızın kârda ortak olmayı gerektirir.

4. Mudarebeye Dair Hükümler

Mudarebe ya sahihtir veya fasittir. Her birisinin değişik hükümleri vardır. Bizler önce sıhhat şartlarından her hangi birisi ihlal edilen fasit mudarebeye dair hükümleri zikrederek başlayacağız. Çünkü bunlara dair yapılacak açıklamalar daha azdır.

Fasit mudarebenin hükümleri

Mudarebede taraflardan birinin diğerine meselâ: "Benim ağım ile avlan, ya-

1- *el-Mebsût*, XXII, 27; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 54; *el-Bedâyi'*, VI, 85 vd.; *Tekmiletu'l Fethi'l-Kadir* VII, 60; *Mecmau'd-Damânât*, 303; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 517; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 313 *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 234; *el-Muğnî*, V, 34; *Nihâyetu'l-Muhtâc*, I, 165.

kalayacağın avda ortak olalım." demesi halinde olduğu gibi Hanefîlere, Şafiî ve Hanbelîlere göre [1] mudarib olan kimsenin, sahih mudarebenin gerektirdiği her hangi bir şey yapması söz konusu değildir. Bu şekilde bir ifade ile de, ileride göreceğimiz sahih müdarebe hükümlerinden her hangi bir şey sabit olmaz. Masrafı da hak etmez, tayin edilen kâra da hak kazanmaz. Ancak ona yaptığı işin ecr-i misli verilir. Bu mudarebede ister kâr olsun ister olmasın, değişen bir şey olmaz. Çünkü fasit müdarebe fasit icare durumundadır. Ücretle tutulan kimse ise masrafı hak etmeyeceği gibi, fasit icarede tayin edilen miktarı da hak etmez. Onun hak kazanacağı şey, sadece ecr-i misilden ibarettir. Buna göre müdarib her hangi bir kâr sağlamayacak olursa, yine yaptığı işin ecr-i mislini alır. Çünkü sermaye sahibi onu işi süresince çalıştırmıştır. Dolayısıyla yapılan işin ücretini ödemesi gerekir.

Bu durumda elde edilen kâr yahut örneğimizde av, sermaye sahibine ait olur. Çünkü kâr onun mülkiyetinde olan bir şeyin artışıdır. Mudarib ise, akdin fasit oluşu göz önünde bulundurularak kârdan her hangi bir hak sahibi olmaz. Aynı şekilde zarar da sermaye sahibine aittir.

Akit fasit olduğu takdirde, yemini ile birlikte müdaribin sözü mutebeıdir. Bu ise telef ve kaybolma idiası halinde böyledir, mal elinde bir emanettir, sahih mudarebede olduğu gibi.

Şafiî ve Hanbelîlerin fasit mudarebe hususundaki görüşleri Hanefîlerinki gibidir. Ancak onlar şöyle demektedirler:

Mudarib tasarrufta bulunacak olursa, bu tasarrufu geçerlidir. Çünkü tasarruf hususunda ona izin verilmiştir. Akit batıl olsa bile izin kalmaya devam eder. O bakımdan fasit vekalette olduğu gibi, o malda tasarruf etme imkânına sahiptir. Bu ise satışın aksinedir. Çünkü fasit olacak olursa, müşterinin tasarrufu geçerli olmaz. Ancak bununla birlikte satıcı ona tasarrufta izin vermiş olmaktadır. Aradaki fark ise şudur: Müşteri malda mülkiyet yolu ile tasarruf eder, izin ile değil. Fasit satışta ise mülkiyet söz konusu değildir. Fasit olma halinde bu iki mezhepte de kârın tümü sermaye sahibine aittir; çünkü o mülkiyetinde olan bir şeyin artışıdır, zarar da ona aittir. Müdarib ise kâr olmasa dahi yaptığı işin ecr-i mislini alır, çünkü o tayin edilen miktarı elde etmek maksadı ile çalışmıştır. Eğer tayin edilen miktarı elde edemeyecek olursa, yaptığı işin ona iade edilmesi lâzımdır. Buna da imkân yoktur. O bakımdan yaptığı işin kıymeti olan ecr-i mislinin ona verilmesi gerekir. Nitekim fasit bir şekilde alışveriş yapar ve karşılıklı olarak kabzederler ve iki ivazdan birisi onu kabzedenin elinde telef olursa, onun kıymetinin ödenmesi icabeder. [2]

Malikîler ise şöyle demektedir: Bütün fasit mudarebe hükümlerinde sayılı bir

---

1- *el-Bedâyi'*, VI, 108; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir*, VII, 58; *Muhtasaru't-Tahâvî*, 124; *el-Mebsût*, XXII 22; *Mecmau'd-Damânât*, 311; *Gâyetü'l-Muhtehâ*, II, 179; *el-Ferâidu'l-Behiyye fi'l-Kavaidi'l-Fıkhıyye*, 165.

2- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 315; *el-Mühezeb*, I, 388; *el-Muğnî*, V, 65 vd.

takım hallerde âmilin durumu kâr, zarar ve diğer hususlarda yapılan işin benzeri bir başka mudarebeye göre tespit edilir. Bu hallerin dışındaki durumlarda ise onun için yaptığı işin ecr-i misli vardır. Buna göre birinci hallerde kâr meydana gelecek olursa, mudaribin bizzat kârda hakkı sabit olur, sermaye sahibinin zimmetinde değil. O kadar ki, mal telef olacak olursa, mudaribin alacak bir şeyi olmaz. Yine kâr elde edilmezse alacak bir şeyi yoktur. (1)

Fasit mudarebenin mislin karz edilmesine (borç verilmesine) çevrileceği en önemli haller şunlardır: Ticaret malları ile mudarebe yapmak, kârın bilinmemesi ve ortada hükmüne başvurulacak âdetin bulunmaması hâli, "Bu mal ile bir sene süre ile çalış" demek gibi mudarebeyi bir sene ile süreli yapma hali, "Filan vakit gelecek olursa bu mal ile çalış" demekte olduğu gibi mudarebeyi geleceği izafe etmek hali, amile telef olması halinde aşırıya kaçılmamak şartı ile sermayeyi tazmin edeceğinin şart koşulması hali, âmile: "Sen vadeli deyn ile satın al." deyip o da peşin satın alırsa kâr ve zararın kendisinin olacağının belirtilmesi hâli. (Çünkü böyle bir durumda semen onun zimmetinde bir karz olur.) yahut ona kimi zaman bulunan kimi zaman bulunmayan, bulunması zor bir şeyi şart koşarsa yahut akit tarafları kârdan alınacak pay hususunda işten sonra farklı iddialarda bulunsa ve sermaye sahibi ile âmil kendisinin olma ihtimali bulunan bir malı âmilin üçte iki, sermaye sahibinin de üçte bir demek gibi kendisinin olma ihtimali bulunan bir malı iddia etme hali.

Fasit müdarebede kâr olsun olmasın, yapılan işin ecr-i mislinin sermaye sahibinin zimmetinde vacip olacağı hallerin en önemlileri de aşağıda gösterilmiştir:

Sermaye sahibinin alım satımda ve alışverişte amil ile birlikte çalışmasının şart koşulması yahut onun izni olmadıkça hiç bir iş yapmayacak şekilde alım satım esnasında ona danışma şartının koşulması yahut âmil üzerinde kendisini kontrol edecek güvenilir bir kişinin şart koşulması yahut ticaret elbiseleri dikmek gibi âmile şart koşmak, yahut bu tür elbiseler için alınmış derileri dikmeyi şart koşmak veya ona mudarebe malında başkalarıyla ortak olmasını şart koşmak yahut kendisinin yanında bulunan bir başka mudarebe malı ile veya kendi malı ile malı karıştırmak, yahut mudarebe malı ile mübadaa yapmak (yani malı kısmen veya tamamen başkası ile birlikte âmilin kendisi ile ticaret yaptığı şeyi satın almak üzere göndermek). Bütün bu durumlarda âmile ecr-i mislinin verilmesi gerekir.

Sahih müdarebenin hükümleri:

Sahih müdarebenin hükümleri pek çoktur. Bunların bir kısmı müdaribin eli ile, bir kısmı müdaribin çalışması ile, bir kısmı ise müdaribin çalışmakla hak sahibi olduğu, bir kısmı da malı sebebiyle sermaye sahibinin hak ettiği ile alakalıdır.

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 519 vd.; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 240; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 282; *el-Hırş* VI, 205-208.

1-Müdaribin elinin durumu:

Mezhep imamları âmil olan müdaribin, elinde bulunan sermaye vedia kabul edilerek emin olduğu üzerinde ittifak etmişlerdir. [1] Çünkü o bu sermayeyi asıl sahibinin izni ile kabzetmiştir. Satın almak için kabzetmeme halinde olduğu gibi, mübadelede bulunmak üzere veya rehin gibi belge olmak üzere kabzetmiş değildir.

Müdarib bir şey satın aldığı takdirde alım satım hususundaki vekil durumunda olur. Çünkü o başkasının malında onun verdiği izinle tasarruf etmektedir; zaten vekil de bu demektir. Buna, satın alma hususunda vekâletin bilinen hükümleri uygulanır: Bu durumda o şeyin kıymetinin misli ile yahut gabn-i yesir (az bir aldanma) ile alınmış olması gerekir; satın almak için vekâlet verilen kimsenin durumunda olduğu gibi. Satmak hususunda ise ileride de göreceğimiz gibi mutlak olarak satış için vekil gibidir.

Mudarib kâr sağladığı takdirde kârdaki payı kadar o kârda ortak olur. Çünkü o çalışmayla maldan belli bir miktara sahip olmuş olur. Geri kalanı ise sermayeyi koyana aittir; çünkü bu, onun malının artışıdır ve ona ait olur.

Şayet her hangi bir sebep dolayısıyla mudarebe fasit olursa, bu bir icare olur. Mudarib de sermaye sahibinin işçisi durumuna gelir ve o takdirde ecr-i misli hak eder.

Eğer mudarib sermaye sahibinin şartına muhalefet ederse, meselâ yetkisi olmayan bir işi yapar yahut satın alması emredilmemiş bir şeyi satın alırsa, gâsıp durumunda olur. O takdirde mal onun tazminatı altında olur; çünkü başkasının mülkünde haddi aşmıştır.

Şayet her hangi bir kusuru olmaksızın mal elinde telef olacak olursa, tazminatını ödemez. Çünkü tasarruf hususunda sermaye sahibinin vekilidir. Vedî (emanet alan) de olduğu gibi kusurlu olmadıkça tazminat ödemez.

Eğer bir zarar ortaya çıkarsa, bu sadece sermaye sahibine ait olur. Eğer malda bir kâr sağlanmışsa bu zarar öncelikle kârdan düşülür.

Şayet telef olması halinde sermayenin tazminatını ödemeyi âmile şart koşacak olursa, Hanefî ve Hanbelîlere göre şart batıl, akit sahihtir. Buna göre sermayenin tazminat altında olmakla birlikte, kâr için çalıştırılması sahih, şart ise batıl olur.

Malikîlerle Şafiîler de şöyle demektedir: Böyle bir durumda mudarebe fasit olur. Çünkü o, burada akdin tabiatına aykırı düşen fazladan bir garar şartını koş-

1- *Muhtasaru't-Tahâvî,* 124; *Tekmiletü'l-Feth ve'l İnâye,*VII, 58; *el-Bedâyi',* VI, 87; el-Mebsût XXII, 19; *Mecmau'd-Damânât,* 303 vd.; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 536; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 234; *el-Hırşî,* VI, 213, 223; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 322; *el-Mühezzeb,* I, 388; *el-Muğnî,* V, 69; *Tebyînu'l Hakâik,* V, 53; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 383; *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 171, 178.

maktadır. (1)

2- Mudaribin tasarrufları:

Mudarebenin mutlak yahut mukayyet oluşuna göre hükümleri farklılık arz eder.

Mutlak mudarebe -öğrendiğimiz gibi- yapılacak işi, yeri, zamanı, kendileriyle iş yapacak olanları ve işin türünü tayin etmeksizin mal sahibinin malını mudarebe yapmak üzere vermesidir. Mukayyet mudarebe ise bunlardan her hangi birisini tayin etmektir.

Mutlak mudarebe:

Mudarib, mudarebe malında uygun göreceği ticaret türlerini başka yerlerde ve başka insanlarla birlikte yapabilir. Çünkü akit mutlaktır. O da o mal ile satın alabilir, satabilir. Çünkü mudarebeden kasıt kâr elde etmektir. Kâr ise ancak alım satım ile gerçekleşir. Şu kadar var ki, satın alırken maruf ölçüler e bağlıdır ve satın aldığı zaman satın alınan şeyin kıymetinin misli ile yahut insanların aldanabileceği kadar bir fark (gabn-i yesir) ile alabilir. Vekilin satın alması, örfte bilinen çerçeve içerisinde söz konusu olur.

Satışına gelince: Bu konuda mutlak satış ile vekâlet verme hususunda, Ebu Hanife ile iki talebesi arasındaki görüş ayrılıkları aynen geçerlidir.

Ebu Hanife'ye göre nakit olarak ve nesie (veresiye) ve fahiş gabn ile de satabilir. İki talebesi Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre ise nesie (veresiye, vadeli) satma imkânına sahip olmadığı gibi, gabn-i yesir dışında aldanarak satış yapamaz; ancak örfte bilinen kadarı ile kayıtlıdır. Daha çok tercih edilen görüş budur. Şafiîlerin, Malikî ve Hanbelîlerin kanaati de bu doğrultudadır. Ancak Hanbelîler mudaribin -Ebu Hanife'nin dediği gibi- peşin ve vadeli olarak satma hakkını da caiz kabul ederler.

Mudarib malını bida'a yoluyla başkasına verebilir. Çünkü ibda, tacirlerin adetleri arasındadır. Diğer taraftan bu akitten maksat, kâr sağlamaktır. İbda ise buna giden bir yoldur. Ayrıca o ücretle çalıştırma imkânına sahip olduğuna göre, ibda yoluyla malı çalıştırmak hakkına öncelikle sahiptir. Çünkü ivaz karşılığında malda bir başkasını çalıştırmak demektir. İbda ise ivazsız olarak başkasını çalıştırmaktır; o bakımdan bu daha öncelikle gelir.

Malikîlere göre ise ibda yoluyla malı çalıştırmak ancak sermaye sahibinin izni ile olur, aksi takdirde tazminatını öder. (2)

Mudarib, vedia (emanet) olarak da bırakabilir. Çünkü vedia olarak bırakmak,

---

1- *Tuhfetu'l-Fukahâ*, III, 25; *el-Muğnî*, V, 25; *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 236.
2- *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 521.

tacirlerin âdetlerindendir ve ticaretin gereklerindendir.

Mudarib, malda çalıştırmak üzere birisini ücretle tutabilir. Çünkü ücretle tutmak, ticaretle uğraşanların âdetlerinden ve ticaretin zaruretlerindendir. Aynı şekilde malı depolamak suretiyle yer kiralayabilir. Çünkü ancak bu şekilde malı koruma imkânına sahiptir. Yine iş gereği gemi ve binek kiralama hakkına da sahiptir. Çünkü malın bir yerden bir başka yere taşınması kârın elde edilmesi için bir yoldur. Bizzat kendisinin o malı taşıması ise mümkün değildir.

. Mudarib, başkasına alım satım için vekâlet verebilir. Çünkü vekâlet vermek ticaretle uğraşanların âdeti olup kâra götüren bir yoldur. Mudarebe dolayısıyla üzerindeki bir borç sebebiyle mudarebe malından rehin bırakabilir, mudarebe dolayısıyla alacağı karşılığında da başkasından rehin alabilir. Çünkü borç karşılığında rehin vermek ve almak, borcun ödenmesi ve tahsil edilmesi yollarındandır. Kendisi borç verip alacağını tahsil etme imkânına sahiptir. Ancak sermaye sahibinin işi durdurmasını istemesinden yahut ölümünden sonra rehin veremez. Çünkü işin bitirilmesini istemek ile yahut ölüm ile mudarebe batıl olur.

Mudarib, Ebu Hanife'den gelen meşhur rivayete göre mudarebe malı ile yolculuğa çıkabilir. Malikîlerle Hanbelîlerdeki bir görüşe göre de böyledir. [1] Çünkü mudarebeden kasıt, malın arttırılmasıdır ve akit mutlaktır. Nitekim mudarebe adı da yolculuğa çıkmanın caiz oluşuna bir delildir. Zira mudarebe, yolculuk demek olan yeryüzünde "darbetmek (yol tepmek)ten türetilmiştir. [2] Şafiî ile bir başka görüşlerinde Hanbelîler şöyle demektedir: Mudarib mudarebenin malı ile sermaye sahibinin izni olmadıkça yolculuğa çıkamaz.

Mudaribin Yapması Caiz Olmayan İşler:

Mudaribin mutlak mudarebede açıkca belirtilmedikçe bazı fiilleri yapma yetkisi yoktur. [3] Mudarebe malı adına açık izin olmadıkça borç alamaz. Eğer borç alacak olursa, sermaye sahibi adına caiz olmaz. O takdirde bu borç mudarib üzerinde, onun malında söz konusu olur. Çünkü borç almak, sermaye sahibinin rızası olmaksızın sermayede belli bir fazlalığı tespit etmektedir. Hatta bunda sermaye sahibi aleyhine onun rızası olmaksızın fazladan bir tazminat altına sokma söz konusudur. Çünkü satın alınan şeyin semeni sermaye sahibi tarafından tazminat altında

---

1- Kadı Ebu Ya'lâ şöyle demektedir: "Vedia ile yolculuğa çıkılabileceği gibi mezhebin kabul etiği ilkeye kıyas ile bunun (yani mudaribin tehlike olmaması halinde mal ile yolculuğa çıkmasının) caiz olması gerekmektedir."

2- Bu hükümlere dair bk. *el-Bedâyi'*, VI, 87 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir*, VII, 63, 79; *Muhtasaru't-Tahâvî*, 125; *el-Mebsût*, XXII, 38 vd., 68, *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 57, 68; *Mecmau'd-Damânât*, 30! vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr-Reddü'l-Muhtar ile-*, IV, 506; *eş-Şerhu'l-Kebir*, III, 524, 528; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 315, 317; *Keşşâfu'l-Kınâ*, II, 263; *el-Muğnî*, V, 35-38; *el-Hırşî*, VI, 211.

3- *el-Bedâyi'*, VI, 90 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir*, VII, 80; *el-Mebsût*, XXII, 178; *Tebyînü'l-Hakâik* V, 69; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, IV, 507.

olur. Eğer sermaye sahibi adına fazladan borç almayı caiz kabul edecek olursak, onu razı olmadığı bir fazladan tazminatı ödemek zorunda bırakırız ki, bu da caiz değildir.

Bu şekilde bir borç almak caiz olmadığına göre; başkasına sermayeden karz vermek öncelikle caiz olmaz. Mal sahibinin izni olmadıkça borç altına girmenin caiz olmaması aynı zamanda Hanbelîlerin ve Şafiîlerin de görüşüdür.

Malikîler ise şöyle demektedir: Mudaribin, sermaye sahibi satın almak için izin verecek olsa dahi, borç ile bir takım malları satın alması caiz değildir. Yapacak olursa satın aldığı şey onun tazminatı altındadır. Kârı da sadece onun olur, sermaye sahibinin ise ondan alacak bir şeyi olmaz. Çünkü Efendimiz (a.s.) tazminat altında bulunmayan şeyin kârını nehyetmiştir. Peki sermaye sahibi, âmilin kendi zimmetinde tazminat altında tuttuğu şeyin kârını nasıl alabilsin?

Aynı şekilde mudarib, kırâz (mudarebe) için mudarebe malından fazla bir takım eşyaları peşin yahut vadeli olarak alamaz. Çünkü tazminat altında bulunmayan kâr nehyedilmiştir. Diğer taraftan âmil, bundan fazla olan miktarı kendi zimmetinde tazminatı altında tutar.

Eğer mudarib böyle bir şey yaparsa, onun satın aldığı şey kendisi ile sermaye sahibi arasında kırâz (mudarebe) malından fazla olan oranda ortak olarak almış olur. Bu hüküm sermaye sahibi razı olmadığı takdirdedir. Eğer sermaye sahibi böyle bir tasarrufa razı olursa, bu sefer bu, kırâzın kapsamı içerisindedir. (1)

Diğer taraftan mudarib, karz verenin istediği bir başka beldede karz alana teslim etmek üzere karz olarak mal alma yetkisine sahip değildir. Çünkü bu durumda o yolun tehlikelerinin beraberinde getireceği mahzurları yüklenmiş olur. Ayrıca bu malı ödeyen (karz veren kişi) bu işlemden bir fayda sağlamıştır. Beraberinde bir menfaat getiren karzın nehyedildiği ise sabittir. İşte fıkıhta sefâtic (suftece) meselesi diye bilinen mesele budur. (2)

Aynı şekilde mudaribin malı başkasına mudarebe yolu ile yahut onunla ortak olmak üzere vermesi veya malı kendisinin malı ile veya bir başkasının malı ile karıştırma yetkisi yoktur. Ancak sermaye sahibi ona: "Bildiğin gibi hareket et." diyecek olursa yahut tasarruf için ona izin verecek olursa, yapabilir. Mudarebe ise caiz olmaz, çünkü bu birinci mudarebenin bir mislidir. Bir şey ise arkasından kendi mislini getirmez. Dolayısıyla mutlak mudarebe akdinden, böyle bir şeyin yapılabilece-

---

1- *Keşşâfu'l-Kınâ'*, IV, 256; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 316, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 528; *Bidâyetü'l Müctehid*, II, 239; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 283;*el-Hırşî*, VI, 211, 216, 226.

2- *Sefâtic*, suftecenin çoğulu olup Farsçadan Arapçaya girmiş bir kelimedir. Bu, yol tehlikesinden korkan bir kimsenin belli bir yerde elindeki parayı verip ötekinin eşyasının bulunduğu yerde bunu almasıdır. Bu durumda veren de alan da bundan fayda sağlamış olur. *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 251; *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 167

ği de anlaşılmaz. Nitekim vekil mutlak akit ile başkasına vekâlet verme inkânına sahip değildir. Mutlak akit ile ortaklık yapma imkânına sahip olamaması ise öncelikle söz konusudur. Çünkü vekâlet mudarebeden daha umumidir. Bir şey eğer kendi mislini arkasından getiremiyor ise, kendisinden daha üstün bir şeyi getirememesi öncelikle söz konusudur. Karıştıramamasına gelince; çünkü bu sermaye sahibinin malında başkasına ait bir hakkı ortaya çıkartır, bu da ancak onun izni ile caiz olur.(1)

Mudaribin Başkası İle Mudarebe Yapması:

Hanefilere göre: Mudaribin başka bir kişi ile mudarebe yapması, sermaye sahibi bu konuda ona yetki vermedikçe caiz değildir. Şayet mudarib malı başkasına mudarebe esası üzere verecek olursa ve bu konuda sermaye sahibinin izni bulunmuyor ise, Ebu Hanife'ye göre bu malı mücerred olarak ikinci kişiye vermesiyle birinci mudarib tarafından tazminat altında olmaz. Kâr sağlamadıkça da ikinci mudaribin tasarrufu ile de tazminat altında olmaz. Şayet kâr sağlayacak olursa, birinci mudarib sermaye sahibine tazminat öder. Ancak kârdan önce tazminat söz konusu değildir. Şayet mal kâr sağlamadan önce ikinci mudaribin elinde telef olacak olursa, emanetlerin telef olması gibi telef olur.

Birinci durum, yani çalışmadan önceki durumun izahı: Mudaribin mücerred olarak malı başkasına vermesi, onun tarafından vedia bırakılması demektir. Mudarib ise mudarebe malını vedia olarak bırakabilir, ona vermekle tazminatı altında olmaz.

İkinci durumun, yani onunla iş yapıldıktan sonraki durumun izahı da şöyledir: Birinci mudaribin ikinci mudaribe malı vermesi ibda olarak kabul edilir ve ilk mudarib ibda yapma imkânına sahiptir.

İkincisi kâr sağlayacak olursa, bu sefer birincisinin malda ortaklığını ispat etmiş olur. Böyle bir durumda birinci mudaribin malını başkası ile karıştırmış olması halinde olduğu gibi, sermaye sahibine tazminat ödemesi söz konusu olur.

Bu hükümler mudarebenin sahih olması halinde böyledir. Şayet mudarebe fasit ise birinci mudarib kârdan sonra tazminat ödemez. Çünkü ikinci mudarib o takdirde malda bir işçi olur ve ecr-i mislini alır. Bu durumda tazminat ödemeyi gerektiren bir ortaklık da sabit olmamaktadır.

İmam Züfer şöyle demiştir: Mücerred malı ona vermek suretiyle birinci mudaribin tazminatı söz konusudur; ikinci mudarib ister çalışsın ister çalışmasın. Çünkü mudarib vedia bırakmak suretiyle malı başkasına verme imkânına sahiptir. Burada malı vermesi de mudarebe yolu iledir. Bu şekilde vermesi halinde o talimata muhalefet etmiş olur. Bu durumda vedi (emanet bırakan) ın vediayı başkası yanında bı-

1- *el-Bedâyi'*, VI, 95 vd.; *Tekmiletu Fethi'l-Kadir*, VII, 64; *Tebyinü'l-Hakâik*, V, 58; *ed-Dürrü'l Muhtâr -Reddü'l-Muhtâr ile-*, IV, 507.

rakması halinde olduğu gibi tazminatını öder.

Ebu Yûsuf ile Muhammed ise -zahir olan rivayet de budur- şöyle demektedirler: İkinci mudarib çalışmaya başladığı takdirde mal birinci mudaribin tazminatı altındadır; kâr sağlansın yahut sağlanmasın. Çünkü ikinci mudarib çalışmaya başlayınca, malikin izni olmadığı halde birinci mudarib maldaki tasarruf imkânını kaybeder. O takdirde kâr sağlansın sağlanmasın malı tazminatı altında tutması belirlenmiş olur. (1) Buna göre ikinci mudarib çalıştığı takdirde, sermaye sahibi muhayyerdir; sermayesinin tazminatını dilerse birinci mudaribe, dilerse ikincisine ödetir.

Buna göre Hanefîlerce tercih edilen görüşe göre birinci mudarib sahih mudarebede malı mücerred olarak ikinci mudaribe vermekle tazminatı altına almış olmaz. Ancak ikincisinin çalışması halinde mal tazminatı altında olur, malın kâr sağlayıp sağlamaması durumu değiştirmez.

Mudarebeden Elde Edilen Kârın Durumu:

Bu kâr şarta uygun olarak dağıtılır. Kâr sermaye sahibine birinci mudarebe akdindeki şarta göre verilir. Bundan sonra geriye kalan kâr birinci mudarib ile ikinci mudarib arasında ikinci mudarebe akdinde anlaşılan şartlara uygun olarak paylaştırılır.

Hanefîlerin ve Hanbelîlerden Kadı Ebu Ya'la'nın kabul ettiği görüş budur.(2)

İbni Kudame de şöyle demiştir: "Böyle bir görüşü kabul etmek, mezhebin usulüne ve İmam Ahmed 'den gelen açık ifadeye uygun değildir. Çünkü İmam Ahmed şöyle demiştir:

Böyle bir durumda kâr mudarib için helâl değildir." (3)

Cumhura göre:

Malikîler şöyle demektedir: Amil, mudarebe malında sermaye sahibinin izni olmaksızın başkası ile mudarebe yapacak olursa, yani bir başka âmile onu çalıştırmak üzere verecek olursa, haddini aştığından dolayı mal onun tazminatı altındadır. Bu durumda sağlanacak olan kâr da ikinci âmil ile sermaye sahibine ait olur. Birinci âmil için ikinci kâr söz konusu değildir. Çünkü mudarebenin kârı ancak işin tamamlanması ile hak edilen bir karşılıktır. Birinci âmil ise her hangi bir iş yapmamıştır; dolayısıyla onun için kâr yoktur. Bu durumda birinci âmil, ikinci âmile sermaye sahibinin hakkı olan kârdan vermeyi şart koştuğu miktarın tazminatını da

1- *el-Bedâyi'*, VI, 96; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir*, VII, 70 vd; *el-Mebsût*, XXII, 98; *Tebyînü'l-Hakâik*, V 63; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, IV, 509.

2- aynı yerler; Prof. el-Hafîf a.g.e., 81; *el-Muğnî*, V, 44.

3- *el-Muğnî*, a.y.

öder.

Esah kabul edilen görüşlerinde Şafiîler şöyle demektedir: Kârda ve işte onunla ortak olmak üzere âmilin malı bir başkasına mudarebe yoluyla vermesi caiz değildir, isterse bu konuda sermaye sahibinin izni bulunsun.

Böyle bir durumda birinci âmil ile yapılan mudarebe sahih olmaya devam eder. İkinci âmil ise birinci âmilden çalışmış olması halinde ecr-i misli hak eder. [1] Çünkü kırâz (mudarebe) kıyasa hilâfen caiz kabul edilmiştir. Konusu ise akit taraflarından birisinin iş yapmaksızın malik olması, ötekinin ise birden çok olsa dahi âmil olmasıdır. Bu durumda belirtilen bu yol bırakılıp iki âmilin kendi aralarında yapacakları bir akde yönelmek söz konusu değildir. O takdirde bu mudarebe, iki âmil arasında yapılmış olur ki, bu da sahih olmaz.

Netice olarak, dört mezhep de âmilin başkası ile mudarebe yapmaya kalkışması halinde malın tazminatının birinci âmile ait olacağı üzerinde ittifak etmişlerdir.

Hanefîlere Göre Mutlak Mudarebede Mudaribin Tasarruflarına Dair Hükümlerin Özeti:

1- Bir kısım tasarruflara mudarib örfen sahiptir: Bu, âdeten ticari işlerin kapsamına giren her şeydir; almak, satmak, bu hususlarda vekâlet vermek gibi. İsterse bu konuda kendisine izin verilmemiş olsun. Onun satın alması maruf ölçüler içerisinde olur. İnsanların, âdeten aldanabileceği sınırı (gabn-i yesiri) aşmaz. Çünkü o bir vekildir. Vekilin satın alması ise alışılmış şekle göre gerçekleşir. Satış hususunda ise Hanefîler arasında görüş ayrılığı vardır; tercih edilen kanaat mutad olan ile kayıtlandığıdır.

2- İkinci tür tasarruflara, sermaye sahibi: "Bu hususta görüşüne göre çalış, yahut uygun göreceğin şekilde çalış," diyerek çalışmayı görüşüne göre bırakmadıkça sahip olamaz. Bu tür tasarruflar ise, ticaret işleri arasına katılması ihtimal dahilinde olan şeyler hakkında geçerlidir. Sermaye malının bir başkasına mudarebe yapmak maksadıyla verilmesi yahut o malı bir inan ortaklığına sermaye yapması gibidir. Bu konuda ona yetki vermiş ise sahihtir.

3- Teberru vb. bazı tasarruf türlerinde, mudarib açıkça belirtilmedikçe bu işleri yapma imkânına sahip değildir. Hibe yahut alım satımda hatır saymak, karz vermek ve Şafiî, Malikî, Hanbelîlere göre vadeli olarak satmak; fakihlerin cumhuruna göre de sermayenin ve kârın toplamından fazlası ile satın almak.

Mukayyed mudarebe:

Söz konusu ettiğimiz bütün hükümlerde mutlak mudarebenin hükümlerinden farklı değildir. Ondan ayrılan tarafı, kârın yapılan kayıp kadar olmasıdır. Şayet ser-

1- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 314; *el-Muğnî*, V, 43; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 283; *el-Hırşî*, VI, 214.

ınaye sahibi mudaribin belli bir beldede yahut belli bir malda tasarrufunu özelleştirecek olursa, bu tayini aşması onun için caiz olmaz. Çünkü bu bir vekâlet vermektir. Sözü edilen bu özelleştirmenin ise belli bir faydası vardır. O bakımdan bu özelleştirme ile sınırlanır.

a) Yerin Tayini: Buna göre eğer getirilen kayıt mekân ile alâkalı ise, meselâ, bir kişi bir diğerine Şam vb. belli bir şehirde çalışmak üzere mudarebe yoluyla bir mal verecek olursa, o malı Şam dışında bir yerde çalıştıramaz. Çünkü onun "Şartı ile" ifadesini kullanması bunu gerektirir ve bu, belli faydası olan bir şarttır. Çünkü ucuzluk, pahalılık bakımından yerler biribirlerinden farklıdır, yolculuk ile birlikte ise bir tehlike söz konusudur.

Aynı şekilde o malı alıp Şam'ın dışına çıkartacak kimseye de sermayeyi mubadaa yoluyla (yani karşılıksız onunla ticaret yapmak üzere) veremez. Çünkü bizzat kendisi malı çıkartma imkânına sahip değilse, bu konuda başkasına izin verme imkânına sahip olmaması öncelikle söz konusudur.

Şayet malı Şam'dan çıkartıp o sermaye ile alışveriş yaparsa tazminatını öder. Çünkü onun bu tasarrufu kendisine izin verilen şekilde değildir. Buna aykırı tasarrufta bulunmuş olacağından tazminat öder. Satın aldığı şey kendisinin olacağı gibi kârı da kendisinin olur zararını da o karşılar. Fakat Ebu Hanife ile Muhammed'e göre sağlayacağı kâr onun için helâl olmaz, Ebu Yusuf'a göre ise helâl olur. Eğer mudarebe yolu ile sözü geçen tayin edilen şehre geri getirinceye kadar bir şey satın almayacak olur ise, tazminattan kurtulur ve mudarebe malı eski hâline döner. Tıpkı yanında vedia bırakılan kimsenin bırakanın emrine aykırı hareket edip daha sonra bu aykırı hareket etmekten vazgeçmesi halinde olduğu gibi. [1]

Malı Şam'ın genel pazarında çalışmak üzere birisine verecek olsa, o da Şam'ın içinde fakat genel pazarının dışında onunla çalışacak olsa, Hanefîlerce mudarebe esasına göre istahsanen caiz olur. Kıyasa göre ise caiz olmaz. Kıyasın açıklaması şöyledir: Sermaye sahibi ona muayyen bir yerde çalışma şartını koşmuştur, başka yerde çalışması caiz olmaz. Tıpkı belli bir şehirde çalışmasını şart koşması hâlinde olduğu gibi.

İstihsanın açıklaması da şöyledir: Şam pazarı ile kayıtlamak çoğunlukla faydalı bir iş değildir. Çünkü aynı şehir tek bir yer durumundadır. Böyle bir şart faydası olmadığından boştur. Kabul edildiği üzre bu şart, faydalı olması hâlinde geçerlidir.

Şayet sermaye sahibi amile: "Onu Şam pazarında ancak çalıştır." dese, o da pazarın dışında çalıştırıp alıp satacak olsa tazminat öder. Çünkü bundan önceki sözü ile ona belli bir sınır tayin etmiştir (hacir); artık bu hacirden sonra tasarrufu caiz

1- *el-Mubsût*, XXII, 42, 46; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 59; *el-Bedâyi',* VI, 98; *Tekmiletu Fethi'l-Kadir*, VII 64 vd.; *Muhtasaru't-Tahâvî,* 125.

olmaz. Birinci misalde ise böyle bir hacir söz konusu değildir. Ona sadece yapacağı işin çarşıda olmasını şart koşmuştur, böyle bir şartın faydası yoktur; o bakımdan bu şart boştur.

Yine ona: "Bu malı al ve Şam'da onunla ticaret yap." yahut "Onunla Şam'da iş yap!" diyecek olsa, başka bir yerde çalışması caiz değildir. Çünkü "Şam'da" demek suretiyle çalışma yerini göstermiş olmaktadır. O bakımdan Şam, kendisine tasarrufta bulunmak için tayin edilmiş bir yer olur. Şayet Şam'ın dışında bir yerde tasarrufta bulunması onun için caiz olsaydı, Şam'ı onun için tasarruf yeri olarak belirlemezdi.

Aynı şekilde: "Sen bu malı (kârının) yarısına Şam'da çalıştırmak üzere al." diyecek olsa, onun malı Şam'da bulundurarak çalışması gerekir.

Şayet ona: "Bu malı al ve onunla Şam'da çalış." diyecek olsa, Şam'da da başka bir yerde de çalışabilir. Çünkü buradaki "vav (ve)" atıf içindir. Atıf vav'ı ile ise söze başlamak caizdir. Bu durumda böyle bir ifade ona fikir vermek gibi kabul edilir. Sanki ona: "Bu şekilde yaparsan daha faydalı olur." demiş gibidir.

b) Kişinin Tayini: Eğer: "Filan kişiden alışveriş yapmak üzere" diyecek olsa, Hanefî ve Hanbelîlere göre böyle bir kayıt sahihtir. Çünkü bunun, yapılan muamelede ona fazla güvenildiğinden dolayı, bir faydası vardır. Malikîler ile Şafiîler ise bildiğimiz gibi bu konuda farklı görüştedirler. Çünkü böyle bir kayıtlama mudarebenin maksadı olan çarşılarda dolaşıp kâr elde etme ilkesine aykırıdır.

c) Mudarebe İçin Süre Tayini: Mudarebeyi belli bir süre ile kayıtlayıp bu süreden sonra akdin batıl olması şartı koşulacak olursa, Hanefîlerle Hanbelîlere göre akit sahihtir. Çünkü bu bir vekâlet vermektir, onun belirlediği vakit ile süresi tayin edilir. Böyle bir süre tayininin faydası vardır ve bu zaman ile kayıtlamadır. Dolayısıyla böyle bir kayıtlama da, tür ve mekân üzerinde kayıtlama gibi kabul edilir. (1)

Şafiîlerle Malikîlere göre ise bildiğimiz gibi, akit sahih olmaz. Çünkü süre tayin etmek mudarebenin maksadına aykırıdır. Zira o süre içerisinde kâr sağlanamayabilir. Ayrıca kâr ve kazanç malın tayin edilen süreden sonra bekletilip satılmasında söz konusu olabilir. (2)

Hanefîlere göre mudarebenin kayıtlandırılmasındaki ölçü şudur: Mudarebe faydalı kayıtlamayı kabul eder; isterse bu kayıtlama akitten sonra olsun. Elverir ki mal (nakit olarak konulan sermaye) ticaret malı hâline dönüşmemiş olsun. Çünkü sermaye ticaret malı hâline dönüşecek olursa, artık sermaye sahibi mudaribi azledemez. Dolayısıyla onu tahsis etme imkânına da sahip değildir. Faydasız bir kayıt getirmek hiç bir şekilde muteber değildir, malı peşin olarak satmasını yasaklaması

1- *el-Bedâyi',* VI, 99; *Tekmiletü'l Feth-el İnâye ile-,* VII, 65
2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 312; *el-Muğnî,* V, 63; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 521.

gibi. (1)

Şafiîlerle Malikîlerin görüşü de şöyledir: Mudaribin görevi kâr sağlamak ve malı artırmak maksadıyla malda ticaret yapmaktır. Bu ise tacirlerin âdeten yapageldikleri alım satımdır. Buna göre mudarikin örfte alışılagelmiş işini engelleyen her bir şart, onlara göre mudarebe akdini ifsat eden bir şarttır. (2)

Mutlak mudarebeye sonradan kayıt getirmek:

Hanefîler şöyle der: Mudarebe mutlak olup akitten sonra sermaye sahibi onu tahsis edecek olursa:

Eğer sermaye olduğu gibi nakit olarak duruyorsa yahut mudarib onunla bir mal satın alıp tekrar satmış ve semenini de nakit olarak kabzetmiş ise, bu tahsis caizdir. Tıpkı mudarebeyi baştan beri tahsis etmesi gibidir. Çünkü sermaye sahibi bir faydası olması halinde, tahsis imkânına sahiptir.

Eğer mudarebe malı, ticaret malına dönüşmüş ise sermaye sahibinin mudarib için getireceği kayıt yahut her hangi bir işi yapmasını yasaklaması, sermaye tekrar nakde dönüşünceye kadar sahih olmaz. Meselâ ona: "Vadeli olarak satma" diyemez. Çünkü artık mudarebe satın almak suretiyle tamamlanmış bulunmaktadır.

3- Mudaribin hakları:

Mudaribin mudarebe malında çalışması sebebiyle sahip olduğu haklar ikidir: birisi masraf (nafaka), diğeri ise akitte tespit edilen kârdır.

a) Mudarebe Malından Nafaka:

Mudaribe nafakanın vacip olup olmadığı hususunda fakihlerin farklı üç görüşü vardır. İmam Şafiî azhar olan iki görüşten birisinde şöyle demektedir: Mudaribin mudarebe malından ister ikamet hâlinde, ister yolculuk hâlinde olsun, sermaye sahibi ona izin vermedikçe kendisine masraf yapma yetkisi yoktur. Çünkü mudaribin kârdan belli bir payı vardır. Başka bir şeye hakkı yoktur. Bu durumda alınan şey mudarebede fazladan bir menfaat olur. Diğer taraftan bu masraf (nafaka) kâr kadar olabilir. Bu ise onun tek başına kârı alması sonucunu verir, daha fazla da olabilir; o takdirde sermayeye düşenden bir miktar alma sonucunu doğurur, bu ise akdin muktezasına aykırıdır. Şayet akitte mudarib için masraf şartı koşulacak olursa fasit olur.(3)

Aralarında İbrahim en-Nehaî ve Hasen el-Basrî'nin de bulunduğu bir gruba göre, mudaribin ikamet hâlinde de yolculuk hâlinde de masrafını alma hakkı vardır. (4)

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 508.
2- Aynı yerler; Prof. el-Hafîf, a.g.e., 74.
3- *el-Mühezzeb,* I, 387; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 317.
4- Bidayetu'l-Müctehid, II, 238.

Aralarında Ebu Hanife ve Malik'in de bulunduğu cumhur ise şöyle demiştir: Mudarib yolculuk hâlinde ihtiyaç duyacağı yiyecek ve giyeceği mudarebe malından alma hakkına sahiptir. [1] Ancak İmam Malik: "Eğer mal bunu kaldırabilecek durumda ise" kaydını getirmektedir.

Hanbelîler ise mudaribin ikamet halinde olsun yolculuk halinde olsun kendisinin masraflarını şart koşmasını caiz kabul ederler. [2] Yani onlar bu konuda Şafiîler gibi yolculukta yahut seferde mudarib için masrafı (nafakayı) ancak şart ile ön görürler.

Bunu caiz görenlerin delili şudur: Eğer mudaribin masrafı mudarebe malından alınmayacak olursa, mudarebeye ihtiyaç duyulmasına rağmen insanlar bu tür akitlere yanaşmayı kabul etmeyeceklerdir. Mudaribin ikamet hâlinde değil de yolculukta masrafı hak etmesinin sebebi şudur: O kendisini başka kazançlarla uğraşmaktan alıkoyarak mudarebe için yolculuğa çıkmıştır. O bakımdan, evlenmeyi kabul etmek sebebiyle nafakayı hak eden zevcenin durumuna benzemektedir. Ancak burada fark, ikamet hâlinde söz konusudur. Şayet mudarib yolculuk esnasında kendi malından harcama yapacak olursa, bundan dolayı da zarar görür.

Mudaribin mudarebe malından yapması gereken masraf ise Hanefîlerin belirttiği şekilde şöyledir: Bu, günlük belli ihtiyaçlar olup yiyecek, içecek, giyecek, işçi ücreti, banyo ücreti, kandil yağı, yakacak veya üzerinde yatacağı yatak, yolculuğunda binek olarak veya ihtiyaçlarını görmek üzere kullanacağı hayvanın yemi, elbiselerinin yıkanması ve buna benzer yolculukta genellikle lâzım gelen benzeri masraflardır. Zahir rivayete göre, ilaç masrafı ise mudaribin kendi malından karşılanır. Çünkü nafaka ihtiyacının ortaya çıkacağı bilinmektedir. İlaç masrafı ise hastalık gibi arizî bir durum dolayısıyla söz konusu olur. İşte bundan dolayı kadının masrafları kocası tarafından karşılanmakla birlikte ilaç masrafı kendi malından karşılanır.

Ebu Hanife'den gelen rivayete göre ise ilaç masrafı da mudaribin harcamaları kapsamı içerisindedir. Çünkü ilaç bedenini ıslah etmek içindir. Bedeni güçlü olmadıkça ticaret yapma imkânı bulamaz. Dolayısıyla bu, nafaka gibi olur. [3]

Nafaka miktarı: Bu tüccarlarca uygun görülen israfa kaçmayacak kadar olmalıdır. Şayet maruf olan miktarı aşacak olursa fazlalığı mudarip öder. Çünkü bu konuda izin âdet ile sabittir. O bakımdan mutad miktarı geçerlidir.

1- *el-Bedâyi'*, a.y.; *el-Bedâyi'*, VI, 25; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir*, VII, 81; *el-Mebsût*,XXII, 63 *Muhtasaru't-Tahâvî*, 125, *ed-Derdîr*,III, 530; *el-Muntezau'l-Muhtâr* V, 333; *el-Kavânînu'l Fıkhıyye*, 283; *el-Hirşî, VI, 217 vd.*

2- *el-Muğnî*, VI, 64; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, II, 265.

3- *el-Bedâyi'*, VI, 106; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir*, VII, 81; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 70; *ed-Dürrü'l Muhtâr*, IV, 512; *Mecmau'd-Damânât*, 308.

Şayet yolculuk yapıp gittiği yerde satın alacağı mal denk düşmez veya malı götürdüğü gibi satamadan geri getirirse yolculuğu devam ettiği sürece masrafı mudarebe malındandır. Çünkü ticaretteki uygulama bu şekildedir. Zira satın almak bazı vakitlerde olabilir, bazılarında olmayabilir; kimi yerde gerçekleşir kimi yerde gerçekleşemeyebilir. Mudarib ister sadece mudarebe malıyla yolculuğa çıksın ister mudarebe malıyla birlikte kendi malını da alsın, ister bir yahut iki kişiye ait olan mudarebe malı ile gitsin, nafakayı hak eder. Ancak hem kendi malı ile hem de mudarebe malı ile yahut iki ayrı kişiye ait mal ile yolculuğa çıkacak olursa, masrafı her iki maldan hisselerine göre taksim edilir. Çünkü yolculuk iki mal dolayısıyla olur; o bakımdan masraf da onlardan yapılır. (1)

Nafaka (Yapılan Masraf) Nerden Düşülür? Nafaka, eğer kâr sağlanmışsa kârdan düşülür, kâr olmazsa sermayeden gider. Çünkü nafaka maldan telef olmuş bir parçadır. Asıl kaide ise telef olanın kârdan gitmesidir.

Eğer mudarib, alıp satmak maksadıyla her hangi bir beldede ikamet etse ve orada on beş gün süre kalmaya niyet ederse, o beldede yerleşmek kasdı ile bir ev edinmediği sürece masrafı mudarebe malındandır. Malikîler ise "evlenmedikçe" demişlerdir.

Mudarib, kendi beldesine döndüğü takdirde yanında arta kalan giyim ve nafakayı mudarebe malına iade eder. Çünkü ona nafaka hususunda verilen izin yolculuk sebebiyle verilmiştir. Yolculuk bittikten sonra böyle bir izin kalmaz. Bu durumda geri kalanı mudarebe malına iade etmesi icap eder.

Şayet mudarib kendi malından, mudarebe malından harcamak hakkına sahip olduğu bir şeyi kendisine harcayarak olursa, kendisinin yaptığı bu harcama mudarebe malında onun için alacak olur. Nitekim vasi de kendi malından küçüğe masraf yapacak olursa, durum böyledir. Çünkü küçüğün işlerini çekip çevirmek ona havale edilmiştir. (2)

b) Tespit Edilen Kâr:

Mudarib, sahih mudarebede çalışması suretiyle kâr elde edilmişse, tayin edilen kâra hak kazanır. Şayet ortada kâr yoksa mudarib için bir şey yoktur. Çünkü o kendisi adına çalışan birisidir; ücreti hak edemez.

Kâr, paylaştırma ile ortaya çıkar. Paylaştırmanın caiz olabilmesi için sermayenin kabzedilmesi şarttır. Sermaye mudaribin elinden alınmadıkça kârın paylaştırılması sahih değildir.

Birisi bir başkasına yarı yarıya mudarebe yapmak üzere bin dinar verecek olsa, bu da bin dinar kâr yapsa ve kârı mudaribin elinde sermaye olduğu hâlde, serma-

1- *el-Bedâyi'*, a.y.
2- *el-Bedâyi'*, VI, 107.

ye sahibi onu kabzetmeksizin paylaşacak olurlarsa, sermaye kârın paylaştırılmasından sonra mudaribin elinde telef olursa böyle bir paylaştırma sahih değildir. Bu durumda sermaye sahibinin kabzettiği kendi sermayesinden almış gibi hesap edilir. Mudaribin kabzettiği de onun üzerinde borç olur ve onu sermaye sahibine kendi sermayesini tahsil edecek şekilde iade eder. Şayet bundan sonra kâr artacak olursa, aralarında pay edilir.

Sermaye sahibinin kârın paylaştırılmasından önce sermayesini almasının şart olduğunun delili de Resulullah (a.s.)'ın şu hadisidir: *"Müminin misali tacirin misali gibidir. Ona sermayesi teslim edilmedikçe kârı da teslim edilmez. Mümin de bu şekildedir. Onun azimetleri ona teslim edilmedikçe nafileleri de teslim edilmez."* (1) Bu hadis-i şerif sermayenin kabzedilmesinden önce kârın paylaştırılmasının sahih olmadığına delildir. Çünkü kâr bir fazlalıktır. Bir şeyin fazlalığı ise ancak aslın tehlikeden kurtulmasından sonra söz konusu olur.

Eğer mudarib, sermaye sahibi ile malın verilmesi hususunda ihtilâf edip: "Ben sana sermayeni kârın paylaştırılmasından önce ödemiş idim." dese, sermaye sahibi de: "Ben paylaştırmadan önce sermayeyi kabzetmedim." dese; Hanefîlerle Hanbelîlere göre sermaye sahibinin sözü kabul edilir. Bu durumda mudarib kendisi adına kabzetmiş olduğunu, sermayeyi tamamlamak üzere geri verir. Eğer bundan sonra mudaribin kabzettiğinden bir şey kalacak olursa, ikisi arasında eşit olarak paylaştırılır. Burada hüküm sermaye sahibinin sözünün kabul edilmesi şeklindedir. Çünkü mudarib böyle bir durumda müddei(davacı)dir. Sermaye sahibi ise inkâr eden durumundadır. Mudarib her ne kadar emin ise de, onun kendisi üzerindeki tazminatı düşürmesi hususunda söyleyeceği sözde emindir, başkasına teslim etmesi hususunda değildir. (2)

Hanefîler Malikîlerle ve azhar görüşlerinde Şafiîlerle şu hususta ittifak hâlindedirler: Amil olan kişi, kendi çalışması ile elde edilen kâra, kârın ortaya çıkması ile değil, malın paylaştırılması ile malik olur. Hanbelîler ise şöyle demiştir: Amil kârdaki payını mal paylaştırılmasa dahi kârın ortaya çıkmasıyla mülk edinir. Fakihler şu hususta da ittifak etmişlerdir: Amil sermaye sahibine önce sermayesini teslim etmekle görevlidir. O sermayeyi sahibine teslim etmedikçe kârdan bir şeye hak kazanmaz. Bundan artan kârdır ve bu ise âmil ile sermaye sahibi arasında şarta göre paylaştırılır. (3)

4- Sermaye sahibinin hakkı:

Sermaye Sahibi eğer mal kâr etmiş ise tayin edilen kârdaki payını alır. Şayet

1- el-Kasânî bunu *el-Bedâyi'* de (VI, 107) zikretmektedir. Meşhur hadis kitaplarında yerini tespit edemedim.

2- *el-Bedâyi'*, VI, 107 vd.; *el-Mebsût*, XXII, 20, 105; *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 68; *Reddu'l-Muhtâr*, IV 511.

3- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 318; *el-Muğnî*, V, 51; *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 175.

olmazsa mudarib üzerinde her hangi bir hakkı yoktur. [1]

5. Sermaye Sahibi ile Mudarebe Yapan Amilin İhtilâfa Düşmelerinin Hükmü:

Sermaye sahibi ile mudarib mudarebenin gereğinin uygulanması ile alâkalı bazı hususlarda anlaşmazlığa düşebilirler. Tasarrufların genelliği yahut özelliği, malın telef olması, malın geri verilmesi, şart koşulan kârın miktarı ve sermayenin miktarı gibi hususlarda aralarında anlaşmazlık çıkabilir.

a) Şayet tasarrufların genelliği yahut özelliği hususunda anlaşmazlığa düşecek olurlarsa, genelliği iddia edenin sözü kabul edilir. Meselâ, onlardan birisi bütün ticaret alanlarında yahut her yerde veya kendisi ile mudarebe yaptığı herkesle mudarebe iddiasında bulunurken ötekisi de bazı türlerle, bazı yerlerle ve bazı kişilerle mudarebe iddiasında bulunacak olursa, genellik iddiasında bulunanın sözü kabul edilir. Çünkü bu iddia mudarebe akdinin maksadı ile uyum hâlindedir. Zira akitten gözetilen maksat kârdır. Bu maksat ise genelleştirme hâlinde daha ileri ölçülerde tahakkuk edebilmektedir.

Aynı şekilde mutlak yahut mukayyet bırakmak hususunda anlaşmazlığa düşecek olurlarsa, mutlaklık iddiasında bulunanın sözü kabul edilir. Meselâ, sermaye sahibi: "Ben sana sadece buğday ticareti yapmana izin vermiştim." dese, mudarib de: "Sen bana muayyen bir şeyin ticaretini belirtmedin." diyecek olsa, yemini ile birlikte mudaribin sözü kabul edilir. Çünkü mudarebenin mutlak olarak yapılması, akitten gözetilen maksadın gerçekleştirilmesi ihtimaline daha yakındır.

Şayet akdin tarafları mudarebe konusunun özelleştirilmesinin hangi türe dair olduğu hususunda anlaşmazlığa düşecek olup sermaye sahibi: "Ben sana malı kumaşta mudarebe yapman üzere verdim." derken, mudarib de: "Hayır tahıllarda mudarebe yapmak üzere verdin." diyecek olsa, sermaye sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü burada akitten gözetilen maksat göz önünde bulundurularak bir tercih yapmaya imkân yoktur. Zira mudarebe her iki türde de yapılabilir. Bu takdirde sermaye sahibinden sadır olan izin ile onlardan birisi tercih edilir. [2]

b) Sermaye sahibi ile mudarib malın telefinde anlaşmazlığa düşecek olur, mudarib telef olduğunu ileri sürerken sermaye sahibi bunu inkâr ederse yahut hıyanet hususunda veya teaddi hususunda anlaşmazlığa düşerek sermaye sahibi hıyanet ve teaddînin bulunduğunu ileri sürerken, mudarib kabul etmeyecek olursa, ilim adamlarının ittifakı ile mudaribin sözü kabul edilir. Çünkü mudarib -bundan önce gördüğümüz gibi- emindir ve aslolan hıyanet etmemesidir. O bakımdan vedî'nin durumunda olduğu gibi onun sözü kabul edilir.

c) Şayet akdi yapan taraflar, malın geri verilmesi hususunda anlaşmazlığa dü-

---

1- *el-Bedâyi'*, VI, 108.

2- *el-Bedâyi'*, VI, 109; *Tekmiletu Fethi'l-Kadir*, VII, 87; *el-Mebsût*, XXII, 42; *Tebyînu'l-Hakâik*, V 75.

şüp amil geri verdiğini iddia ederken sermaye sahibi bunu inkâr edecek olursa, Ebu Hanîfe ile Hanbelîlere göre -açıklamış olduğumuz gibi- sermaye sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü mudarib malı kendisinin menfaati için kabzetmiştir. O bakından geri verme hususunda âriyet (ödünç) almış olanınki gibi, onun sözü kabul edilmez.

Malikîlere ve esah kabul edilen görüşlerinde Şafiîlere göre ise mudaribin sözü kabul edilir. Çünkü mudarib vedî' gibi güvenilir bir kimsedir. (1)

d) Şayet sermayenin miktarı hususunda aralarında ihtilâf çıkacak olur ise, fakihlerin ittifakı ile mudaribin sözü kabul edilir. (2) Meselâ, sermaye sahibi: "Ben sana iki bin ödemiştim" derken, mudarib: "Sen bana bin ödedin." diyecek olursa, mudaribin sözü kabul edilir. Çünkü akdi yapan taraflar kabzedilenin miktarında anlaşmazlığa düşmüşlerdir. Bu durumda kabzedinin sözü kabul edilir. Bunun delili ise şudur: Eğer o kabzın bütünüyle olmadığını ileri sürüp: "Ben senden hiç bir şey kabzetmedim." diyecek olsaydı, yine onun sözü kabul edilirdi. İşte bir kısmını inkâr edip bir kısmını ikrâr ederken de yine onun sözü kabul edilir.

Akit tarafları sermayenin miktarı ile yine kârın miktarı hususunda anlaşmazlığa düşecek olurlarsa meselâ, sermaye sahibi: "Sermaye iki bin idi, şart koşulan da kârın üçte biri idi." derken, mudarib: "Sermaye bin idi, şart koşulan da kârın yarısı idi." diyecek olursa, Hanefîlerle Hanbelîlerin görüşüne göre yine sermayenin miktarı hususunda mudaribin sözü kabul edilir; kârın miktarı hususunda ise sermaye sahibinin sözü kabul edilir.

e) Eğer sermaye sahibi mudarib ile akitte şart koşulan kârın miktarı hususunda anlaşmazlığa düşecek olursa, Hanefîler ve İmam Ahmed'den gelen iki rivayetten ercah olanında Hanbelîler şöyle demişlerdir: Bu konuda sermaye sahibinin sözü kabul edilir. Meselâ, mudarib: "Ben kendim için kârın yarısını almayı şart koşmuştum." derken; sermaye sahibi de: "Hayır üçte birini şart koşmuş idin." diyecek olsa, sermaye sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü mal sahibi yarıdan fazlasını inkâr etmektedir ve bu durumda inkâr edenin sözü kabul edilir. (3) Çünkü Peygamber (a.s.): *"Fakat yemin müddeaaleyhe (inkâr edene) düşer."* diye buyurmuştur. (4)

1- *el-Bedâyi'*, VI, 108; *el-Muğnî*, V, 70; *Muğni'l- Muhtâc*, II, 322; *el-Mühezzeb*, I, 389; *eş-Şerhu'l Kebîr*, III, 536; *Gâyetü'l-Münteha*, II, 178.

2- *Tebyînu'l-Hakaik*, V, 74; *el-Bedâyi'*, VI, 109; *Tekmiletu Fethi'l-Kadir*, VII, 86; *el-Mebsût*, XXII 27; *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 241; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 321; *el-Mühezzeb*, I, 389; *el-Muğnî*, V, 69 *Gâyetü'l-Münteha*, II, 178.

3- *el-Mebsût*, XXII, 89; *el-Bedâyi'*, VI, 29; *el-Muğnî*, V, 70; *Gâyetü'l-Münteha*, II, 178.

4- Bu hadisi Buharî ve Müslim, İbni Abbas'tan rivayet etmiştir. el-Beyhakî'nin *Sünen*'inde lafzı şöyledir: *"Şayet insanlara iddia ettiklerine göre (istedikleri) verilecek olursa, bir takım kimseler başkalarının mallarını, kanlarını iddia ederler. Fakat inkâr edene de yemin etmek düşer."* *Nasbu'r-Râye*, IV, 96. Diğer taraftan Tirmizî ve Darekutnî'nin *Sünen*'lerinde Amr b. Şuayb'dan, onun babasından, onun da dedesinden rivayet ettikleri bir hadis-i şerife göre Peygamber (a.s.) verdiği hutbesinde şöyle buyurmuştur: *"Beyyine, iddia edene, yemin de müddeaaleyhe (davalıya)*

Malikîler ise şöyle demektedir: Kârın miktarı hususunda yemini ile birlikte mudaribin sözü kabul edilir. Çünkü mudarib güvenilir bir kimsedir. Bunun ise iki şartı vardır: Evvela mudarebede insanların durumuna benzer bir kâr ortaya koymuş olmalıdır, ikinci olarak da mal hâlen mudaribin elinde maddeten veya manen mevcut -yabancı bir kimsenin yanında vedia olarak bulunması gibi- bulunmalıdır.

Şafiîler [1] de şöyle demektedir: Amilin alacağı kâr miktarı hususunda anlaşmazlık olursa meselâ âmil: "Yarısı şart koşuldu" derken mal sahibi: "Hayır üçte biri şart koşulmuştu." diyecek olsa;karşılıklı olarak yemin ederler. Tıpkı alışveriş yapan kimselerin semenin miktarında anlaşmazlığa düşmeleri halinde olduğu gibi. Yemin ile akit fesholmaz; fakat ya her ikisi, yahut onlardan birisi, ya da hakim akdi fesheder. Böyle bir durumda amil yaptığı işin ecr-i mislini -miktarı ne olursa olsun- alır. Çünkü yaptığı işin ona geri dönmesine imkân yoktur. O bakımdan bu yaptığı işin kıymetinin -ki o da ücretidir- ona ödenmesi icap eder. [2]

f) Şayet akdi yapan taraflar sermayenin niteliği hususunda anlaşmazlığa düşerek sermaye sahibi: "Ben sana mudarebe yapmak üzere yahut vedia olarak veya sermaye yoluyla onunla alıp satman üzere [3] vermiş idim." dese; amil de: "Hayır, ser bana malı karz olarak ve kâr benim olmak üzere verdin." diyecek olsa, Hanefîlerle Hanbelîlere göre sermaye sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü verilen şey onun mülküdür. O malın, elinden hangi nitelik ile çıktığı hususunda onun sözü kabul edilir. Diğer taraftan mudarib sermaye sahibi hakkında kendisine temlik ettiği iddiasında bulunmakta, o da bunu inkâr etmektedir. [4] Bu ise sermayenin türündeki anlaşmazlığa benzemektedir.

Sermaye sahibi: "Ben sana karz olarak verdim." derken mudarib de: "Hayır, sen onu bana mudarebe yapmak üzere verdin." diyecek olsa, ilim adamlarının ittifakıyla mudaribin sözü kabul edilir. [5] Çünkü her ikisi de malın mal sahibinin izni ile alındığı üzerinde ittifak etmekte iken, sermaye sahibi mudarib hakkında tazminat iddiasında bulunmakta, mudarib ise bunu inkâr etmektedir; o bakımdan mudaribin sözü kabul edilir.

6. Mudarebeyi İptal Eden Hususlar

Mudarebe aşağıdaki hallerde iptal olur. [6]

---

düşer." Nasbu'r-Râye, IV, 390.

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 537; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 241.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 322; *el-Mühezzeb,* I, 389.

3- Yani kârın tümü sermaye sahibinedir. Çünkü âmil, ameli yani yaptığı iş karşılığında bir bedel istememiştir. Onun ameli ise ancak tespit edilen şekil ile kıymetlendirilir. Bu durumda o, teberru olarak çalışan bir vekil olur. Bida'nın manası da budur.

4- *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 75; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 86; *el-Bedâyi',* VI, 110; *el-Mebsût,*XXII 91; *el-Muğnî,* V, 71.

5- Aynı yerler; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 536; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 321.

6- *el-Bedâyi',* VI, 112 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 74 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 66 vd.;

1- Fesih ve tasarrufu yasaklamak veya azletmek:

Mudarebe fesih, tasarrufu yasaklamak, yahut azil ile -feshin ve yasağın şartı bulunması hâlinde- batıl olur. Bu şart ise, kişinin feshi ve yasağı bilmesidir. Ayrıca sermayenin fesih ve yasak anında nakde dönüşmüş olması da şarttır. Böylelikle mudarib ile sermaye sahibi arasında ortak bir kâr ortaya çıkmış olsun. Şayet bu, ticaret malı olarak bulunuyorsa azletme sahih olmaz. Buna göre; eğer mudarib feshi yahut yasağı bilmeden tasarrufta bulunursa bu tasarrufu caizdir. Şayet azledildiğini bilmekle birlikte, mal ticaret malı şeklinde ise, sermayeyi nakde dönüştürüp kârın ortaya çıkmasını sağlamak amacıyla o malı satabilir. Bu durumda sermaye sahibi onu satmaktan alıkoyamaz. Çünkü o takdirde onun hakkını iptal etmiş olur. Bu hususta dört mezhep fakihlerinin ittifakı vardır.

2- Akit taraflarından birisinin ölümü:

Sermaye sahibi yahut mudarip öldüğü takdirde, cumhura göre mudarebe batıl olur. Çünkü mudarebe vekâleti de kapsamaktadır. Vekâlet ise müvekkilin yahut vekilin ölümü ile batıl olur. Mudarib sermaye sahibinin ölümünü bilsin yahut bilmesin, mudarebe batıl olur. Çünkü ölüm, hükmî bir azildir. Vekâlette olduğu gibi ayrıca bilinmesi gereği yoktur.

Malikîler ise şöyle demektedir: Akit taraflarından birisinin ölümü ile mudarebe fesholmaz. Amilin mirasçıları eğer güvenilir kimseler iseler, mudarebeyi yüklenebilirler veya emin bir kimseyi gösterirler. (1)

3- Taraflardan birisinin delirmesi:

Akit taraflarından birisi -Şafiîlerin dışındakilere göre- eğer mutbık olmayan bir şekilde delirecek olursa, mudarebe batıl olur. Çünkü delilik ehliyeti iptal eder. Vekâletin kendisi sebebiyle batıl olduğu her bir husus, mudarebeyi de iptal eder. Meselâ, baygınlık ve sermaye sahibinin sefihlik sebebiyle hacir altına alınması gibi. Sefihlik dolayısıyla mudaribin hacir altında alınması, Hanefîlere göre azledilmesi için sebep değildir. Çünkü bu durumda o, mümeyyiz küçük gibi olur. Onlara göre mümeyyiz ise başkası tarafından vekil tayin edilebilir, sefih de böyledir.

4- Sermaye sahibinin islâmdan dönmesi (irtidâd etmesi):

Sermaye sahibi İslâmdan irtidat eder, ölür yahut mürted olarak öldürülür veya darul-harbe iltihak eder, hakim de onun darü'l-harbe iltihak ettiği hükmünü verirse, mudarebe Ebu Hanife'ye göre irtidat gününden itibaren batıldır. Çünkü darü'l-harbe iltihak etmek ölüm ayarındadır ve bu, sermaye sahibinin ehliyetini ortadan kaldırır. Bunun delili ise mürtedin mallarının mirasçıları arasında taksim edilmesidir.

Mecmau'd-Damânat, 308, *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 510; Ayrıca bk. *Muğni'l-Muhtâc,* II, 319 vd.; *el Mühezzeb,* I, 388; *el-Muğnî,*V, 58; *Keşşâfu'l-Kınâ',* II, 269; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 535.

1- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 283.

Şayet mudarib irtidat edecek olursa, ehliyetinde bir eksiklik olmadığından dolayı mudarebe hâli üzere devam eder. Hatta satın alıp satsa ve kâr etse sonra mürted olarak öldürülse yahut ölse veya dârü'l-harbe iltihak etse, sözü geçen bütün bu yaptıkları işler caizdir ve kâr aralarında koştukları şarta göre pay edilir. Çünkü mürtedin ibaresi sahihtir. Zira temyiz ve insan olmak özelliği her hangi bir halel olmaksızın varlıklarını sürdürmektedir.

Dikkat edilecek olursa, sermaye mala dönüşecek olursa, mudaribin alım ve satımı sermaye tekrar nakde dönüşünceye kadar caizdir. O vakte kadar mudarib azletmekle, yasaklamakla ve sermaye sahibinin ölümü ile ve hatta irtidadı ile azledilmiş olmaz. (1)

5- Mudarebe malının mudaribin elinde telef olması:

Sermaye, onunla her hangi bir şey satın almadan önce mudaribin elinde iken telef olursa, mudarebe batıl olur. Çünkü o mal kabzetmek suretiyle mudarebe akdi için belirlenmiş demektir. O bakımdan helâk olması ile vediada olduğu gibi akit batıldır.

Aynı şekilde, mudarib mudarebenin malını tüketse yahut harcasa veya başkasına verip o kimse tüketse, mudarebe yine batıl olur. O kadar ki, mudarib o mal ile mudarebe adına bir şey satın alamaz. Eğer mudarib tükettiği malın mislini alacak olur ise, onun ile mudarebe adına satın alabilir.

Hanefîlerin belirttikleri mudarebenin batıl olduğu hâller bunlardır. Şayet mudarebe fesholur ve mudarebenin malı insanlardan alacak şeklinde bulunur ise, mudarib de kâr etmiş olduğu hâlde bu alacakları tahsil edip kabzetmek istemeyecek olursa hakim alacakları tahsil etmeye onu mecbur eder. Çünkü o bu durumda işçi durumundadır. Kâr da onun için ücret gibidir. İşçi ise kabul ettiği işi yapmak zorundadır. Şayet ortada bir kâr yok ise, alacakları tahsil etmek zorunda değildir. Çünkü bu durumda o, bir vekil kabul edilir. Vekil ise, teberru olsun diye iş yapar. Teberru olsun diye iş yapan bir kimse teberruda bulunduğu şeyi tamamıyla yerine getirmeye mecbur tutulmaz. Ancak mudarib yahut vekil, sermaye sahibini, borçlu olan kimselere havale etmeye mecbur edilir, ta ki alacakları kabzetme imkânını elde etsin. Çünkü bu durumda akdin hakları akdi yapana raci olur. Sermaye sahibinin alacakları kabz ve tahsil etme yetkisi, ancak akdi yapan tarafın onu havale etmesi ile mümkün olur, o bakımdan hakkının zayi olmaması için onu havale etmek zorundadır.

Mudarebe malından telef olan, sermayeden değil kârdan gider. Çünkü kâr mala tabidir; sermaye ise onun aslıdır. Aslın meydana gelmesinden önce de tabi olana itibar edilmez. Bu durumda telef olanın tabi olandan kabul edilmesi öncelikle söz konusudur. Şayet telef olan miktar, kârdan fazla olursa, mudaribin tazminat ödemesi gerekmez. Çünkü o emindir.

1- *el-Mebsût,* XIX, 104; XXII, 86; *Tekmiletu Fethi'l-Kadir,* VII, 86; *el-Bedâyi',* VI, a.y.

İSLÂM FIKHI AÇISINDAN ESKİ VE YENİ DURUMUYLA ŞİRKETLER

Bilindiği gibi İslâm hayat dinidir. Meşru ve helâl olan ne kadar kazanç yolu varsa, şeriat onu tasvip etmiştir. Ne kadar şüpheli, çekişmeli ve tartışmaya götüren, insanlar arasındaki sevgi ve yardımlaşma ilişkilerini yok eden kazanç yolu varsa, şeriat onu haram saymış, kapısını kapatmıştır. Şeriat, eğer insanların maslahatları aralarında her hangi bir çatışma olmaksızın gerçekleşecek olursa, insanlara karşı bir kolaylık ve bir hoşgörü göstermiştir. Fakat onlar kendilerini bilgisizliklerin, anlaşmazlıkların, zulüm ve sömürünün uçurumlarına düşürecek olurlarsa, bu hâllerini kabul etmez. İşte bundan dolayı İslâmda "şirketler düzeni" ortak ve karşılıklı rıza, adalet, maslahatlara ve sahih ve meşru ölçülere riayet temelini esas alarak düzenlenmiştir. Ayrıca akitlerde aslolan mübahlık ve helâl oluştur. Bu konuda fakihlerin şu sözleri ne kadar kapsamlı ve özlüdür: "Şirket, tüccârların âdeti üzere akdolur."

Meşru kazancın en önemli yolları üç tanedir: Ticaret, sanat ve ziraat. Kişi gücü yettiği takdirde bunlardan birisini yerine getirir. Fakat çoğunlukla başkası ile yardımlaşmak ihtiyacını hisseder. Çünkü gerekli malî ve beşerî imkânlara sahip olamayabilir. Gerek teknik bilgi yahut gayret açısından ve gerekse korkunç hayat dalgaları arasında kişinin karşı karşıya kalacağı tehlike ihtimallerini hafifletmek için böyle bir dayanışmaya gerek duyabilir. İşte bundan dolayı şirket, semavî şeriatlerde meşru kılınmıştır. Çünkü insanlar arasında dayanışma zorunlu bir iştir. Kur'an-ı Kerim bizlere Hz. Davud'un ifadesiyle ortakların gerçek durumlarını anlatarak şöyle buyurmaktadır: *"Muhakkak ki, birçok ortaklardan bazısı biribirlerine haksızlık ederler. İman edip salih amel işleyenler müstesna. Onlar da çok azdır ya!"* (Sad, 24) Şanı Yüce Allah da bazı mirasçıları bazı paylarda ortak yaparak, anne bir kardeşler hakkında şöyle buyurmaktadır: *"Şayet onlar bundan daha fazla iseler o*

halde... üçte bire ortak olurlar." (Nisa, 12)

Sünnet-i Nebeviyye de şirketin meşru oluş ilkesini tekit etmiş bulunmaktadır. Hadis-i kudside şöyle denilmektedir: *"Aziz ve Celil olan Allah buyuruyor ki: "Biri ötekine hainlik etmediği sürece ben iki ortağın üçüncüsüyüm. Eğer ona hainlik edecek olursa, aralarından çıkarım."* Yani ben koruma ve yardımım ile birlikte onlarla beraberim. Yanlarında onlara yardımcı olurum, ticaretlerine bereketi indiririm. Aralarında hainlik baş gösterecek olursa, onların üzerinden bereket ve yardımımı kaldırırım. Peygamber (a.s.) de insanların ortaklık yoluyla dayanışmalarını kabul etmiştir; pek çok hadis-i şerifte gördüğümüz budur ve o şöyle buyurmuştur: *"Birbirlerine hainlik etmedikleri sürece Allah'ın eli ortaklarla birliktedir."* es-Sâib'in Peygamber (a.s.)'e peygamberliğinden sonra şöyle dediği sahih rivayetle sabittir: *"Cahiliye döneminde benim ortağım idin. En hayırlı bir ortaktın; bana müdârâ etmez ve benimle çekişmezdin."* Hadisi Ebu Dâvud rivayet etmiştir. İbni Mace'nin lafzı da şöyledir: *"Sen benim ortağımdın, ne iyi bir ortaktın! Benimle bana müdâra etmez ve benimle çekişmezdin."* Mekke'nin fethi günü Peygamber (a.s.) ona şöyle demişti: *"Merhaba kardeşim ve ortağım. Bana müdâra etmez ve benimle çekişmezdi."*

Şirket Hanefîlerin açıkladığı gibi, kârda ve sermayedeolan kişiler arasındaki bir akitten ibarettir.

Günümüzdeşirket türlerinin sayıları pek çoktur. Bu ortaklık ya mallarda ortaklık esası üzeredir yahut yapılacak işler ve tasarruflarda veya bir takım sorumlulukları kabul etmekte (tazminat altında tutmakta) olur.

Mal esası üzere kurulan şirketler, sermayede ortaklık unsuruna dayanır. İş esası üzere kurulu şirketler yapılacak olan iş, sanat ve işin teminatı esasına dayanır. Vücuh şirketinin esas unsuru sermayeleri olmadığı halde insanların ortaklara duydukları güven unsurudur.

Hanefî fakihleri bütün şirket türlerini caiz kabul ederler: Mecburî ortaklık olan emlâk şirketleri ile ihtiyarî ortaklık olan akit şirketlerini caiz kabul ederler. Geçmişte ve günümüzde en önemli şirket türlerinden birisi de mudarebe ortaklığıdır. Bu ortaklıkta mal bir taraftan, emek diğer taraftan ortaya konulur. Şeriat insanların ihtiyaçları dolayısıyla bu tür ortaklığı caiz kabul etmiştir. Çünkü bazen malı olan bir kimse onda tasarrufta bulunma imkânını bulamayabilir, bazen de güzel şekilde tasarruf eden birisi olur da, malı olmaz. Böyle bir durumda kâr anlaştıkları bir esasa göre dağıtılır. Zarar etme durumunda ermaye sahibi, tek başına zararı yüklenir. Amile ise zaten emeğinin ve işinin boşa gitmiş olması yeterlidir.

Çağımızda insanlar yeni bir takım ortaklık türlerini tanımış bulunuyorlar. Medenî kanun da bunların bir kısmını düzenlemiş bulunmaktadır: Kollektif şirketler, adi komandit şirketler, anonim şirketler ve benzerleri. Diğer bir takım şirketleri ise

düzenlemeyip onlar hakkında hiç bir şey söylememiştir. Gizli hisseli şirketler ve hayvanlar üzerinde yapılan ortaklıklar, araba ortaklıkları gibi. Bu tür ortaklıklar da ya beraberlerinde icare ile yapılırlar veya icaresiz yapılırlar. Şeriate göre bu tür ortaklıkların hükmünü açıklamamız lâzım gelmektedir. Çünkü insanların bu konuda çokca soru sordukları görülmektedir. Diğer taraftan onlar kimi zaman oldukça karmaşık ve caiz olmayan bir takım şirketleri de örf hâline getirmek tehlikesi ile karşı karşıya bulunuyorlar.

Şeriatten hareketle hazırlanan Ürdün Medenî Kanunu özel bir yolla bazı şirket türlerine dair hükümleri açıklamakla yetinmiştir. Söz konusu bu şirketler ise a'mal şirketi (iş ortaklıkları), vücuh şirketi ve mudarebe şirketidir. Bunlar 611 ile 635 nci maddelerde hükme bağlanmıştır. Bundan önce ise şirketlere dair genel hükümler genel bir şekilde 582 ile 610 ncu maddeler arasında gösterilmiş bulunmaktadır. Bu kanun a'mal ve vücuh şirketlerine dair hükümleri Hanefî ile Hanbelî; mudarebe şirketine dair hükümleri ise Hanefî mezhebinden hareketle tesbit etmiştir.

Suriye ve Mısır'da hazırlanan medenî kanunlarda ise şirketler, şahıs şirketleri ve mal şirketleri olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Şahıs şirketleri şahsî unsurun ön planda olduğu şirketler olup bunlar ortakların kişilikleri ve aralarındaki karşılıklı güven esası üzere yükselir. Her bir ortağın koyduğu mal göz önünde bulundurulmaz. Bu tür şirketler tadamün (kollektif) ve adi komandit şirketleri ile gizli hisseli şirketi (şeriketü'l-muhâssa) kapsamaktadır.

Mal ortaklıkları ise oluşmaları esnasında mal unsuru üzerinde yükselen ortaklıklardır. Bu ortaklıklarda ortağın kişiliği göz önünde bulundurulmaz. Bu tür ortaklıklar ise anonim ortaklığı ve hisseli komandit ortaklık ile limited şirketleri kapsar. Peki, bu tür şirketlerin her birisinin islâm şeriatindeki hükmü nedir?

1- Kollektif Ortaklık (Tedâmun):

İki veya daha fazla kişinin her türlü ticaret malında yahut bir kısmında ticaret maksadı ile kurdukları ortaklıktır. Bu tür ortaklıkta ortaklar şirketin bütün işlerinde müştereken sorumludurlar. Bu sorumlulukları sermaye sınırları çerçevesinde kalmayıp bazen her bir ortağın özel mallarına da taşabilir.

Dikkat edilecek olursa bu tür tazminat (yahut kefalet veya sorumluluk) unsurunda Hanefîlerin dışındaki mezheplerce caiz görülmeyen mufavada şirketindeki ayırıcı özelliği andıran bir taraf vardır. Bu şirket genel olarak bütün ticarî şirketlerde ortaklığı gerektirir. Sermaye, tasarruf ve din hususunda da ortaklar arasında eşitlik şartı aranır. Her bir ortak, şirket ile alâkalı diğer ortağın kabul ettiği sorumlulukların kefili kabul edilir. Ortakların her birisinin mallarında artış meydana gelme ihtimali olduğundan dolayı ortaklar arasında eşitliğin gerçekleştirilmesi oldukça zor bir durumdur. O bakımdan böyle bir ortaklık çok nadir bir şekilde var olmakta yahut ömrü kısa olup devamlılığı olmamaktadır. Bu durum şirketin çabuk bir şekilde

inan şirketine dönüşmesi sonucunu verir.

İnan şirketi ise malda olsun, tasarrufta olsun, dinde olsun eşitliği gerektirmemektedir. Bu tür ortaklıkta iki kişi kârı aralarında paylaşmak üzere ticaret yapma maksadıyla kasdıyla kendilerine ait olan malda ortak olurlar. Birinin malının ötekinden fazla olması caizdir. Aynı şekilde onlardan birisinin de ortaklıktan sorumlu olması ötekinin olmaması da caizdir. Çünkü böyle bir ortaklıkta kefalet yoktur. Onlardan her hangi birisi ancak bizzat akdini yaptığı tasarruflardan sorumlu tutulur. Ortağının tasarruflarından sorumlu değildir. Kâr ise aralarında ittifak ettikleri şarta uygun olarak paylaştırılır. Cumhura göre bu böyledir. Ancak İmam Şafiî bu konuda muhalefet etmiş olup, ona göre kâr mal miktarına göre paylaştırılır. Bu durumda onlardan birisinin kârı ötekinden ticaretteki bilgisi sebebiyle -sermayelerinin eşit yahut farklı olmasına rağmen- artış gösterebilir. Zarar ise mezheplerin ittifakıyla sermaye miktarına göredir. Bu da şu hadis ile amelin bir gereğidir: *"Kâr, koştukları şarta göredir; zarar ise iki malın miktarına göredir."* Hanefî imamlarından Kemal b. Humâm'ın görüşüne aykırı olarak; benim kanaatimce inan şirketinde kefalet şartını koşmakta bir mahzur yoktur. O takdirde her bir ortak diğer ortağın kefili ve onun adına tazminatçı olur. Çünkü kefalet bir teberru akdidir, iki ortak da bunu şart koşmuştur. Kefalet şirketin dışındaki işlerde caizdir. Aralarında malî bir ilişkinin bulunmadığı iki kişi arasında kefalet caiz olduğuna göre, aralarında şirket akdi ile bağlılık bulunan iki kişi arasında kefaletin caiz olması öncelikle söz konusudur. Bunu pekiştiren husus da şudur: Akitlerde aslolan karşılıklı rızadır. Şirket ise karşılıklı rıza üzerine kurulan bir akittir. O bakımdan şer'î naslarla çatışmayan her bir şartın yerine getirilmesi lâzımdır.

2-Adi Komandit Şirket (Şeriketu't-Tavsiyeti'l-Basîta):

Bir kısmı komandite, bir kısmı da komanditer diye bilinen ortaklar arasında kurulan bir şirkettir. Komanditelerin malları olup şirketin her türlü işlerinden sorumludurlar. Bu sorumluluklarda ve şirketin borçlarını ödemekte dayanışma içerisinde bulunurlar. Komanditerler ise malları takdim eder, idaresinden sorumlu olmaz ve ortaklığın sorumluluklarını yüklenmezler.

Bu tür ortaklık da caizdir. Çünkü fakihlerimiz inan şirketinde işin ortaklardan birisi tarafından yapılmasının sadece kendisinin sorumlu olmasının şart koşulmasını caiz kabul etmişlerdir. Buna göre çalışana fazla kâr şart koşmamız yahut özel bir maaşın takdir edilmesi caizdir; o takdirde o bir ecîr (işçi) olur. Şirketin üretiminden sorumlu olan kimsenin bir tek veya daha fazla ortak olması durumu değiştirmez. Sorumlu olmayanın da bir yahut daha fazla olması arasında da fark yoktur. Birinci grup için kefalet ve sorumluluk şartını koşup ikincileri için böyle bir şartın koşulmaması kollektif şirkette açıkladığımız gibi caizdir.

Bu tür ortaklığı ayrıca mudarebe ortaklığının bir çeşidi olarak kabul etmek de mümkündür. Komandite ortak, mudarib ve şirkette tasarrufta bulunup başkalarına

karşı ona taalluk eden haklardan sorumlu olan kişidir. Komanditer olan ortak ise, mudarebe şirketindeki sermaye sahibi durumundadır. Bu kişi ise şirketin idaresinden sorumlu değildir. Ayrıca şirket ile ilişki içerisinde bulunan hak sahiplerinin hakları onun tazminatı altında değildir ve o ancak zarar edilmesi hâlinde sermayesinin zararı dışında her hangi bir sorumluluğu kabul etmemektedir. Amil olan mudarib ise, kendisine müsamaha edilen tasarruflarda zarardan sorumlu tutulmaz, ticaretle uğraşanların âdetine uygun olarak tasarrufunda hür ve serbest olur. Kârlar ise mudarebe ortaklığında ortak olan kimseler arasındaki anlaşma esaslarına göre dağıtılır.

Netice olarak böyle bir ortaklık, fıkhî hükümler bakımından aralarındaki basit farklılıklar ile birlikte, bir mudarebe ortaklığı olarak kabul edilir. Dikkat edilecek olursa, anonim ortaklığının yaygınlık kazanması bu tür komandit şirketlerin yaygınlığını sınırlandırmıştır. Çünkü anonim ortaklıklar âdeten geniş üretim alanlarında çalışırlar ve çoğu zaman büyük bir başarı elde ederler. Çünkü bunlarda oldukça büyük miktarlarda sermayeler birikir. Komandit şirketin meziyeti anonim ortaklıkta da tahakkuk etmektedir. Bu meziyet ise şudur: Pay sahibi olan kişi tacir niteliğini kazanmaz ve ancak adına yazılı olan payların kıymeti çerçevesinde sorumlu tutulur.

3- Gizli Hisseli Şirket (Muhâssa Şirketi):

Bu da diğer akitler gibi bir akittir. Bu akit gereği iki veya daha fazla kişinin her birisi, malın yahut işin bir hissesini takdîm etmek şartıyla malî bir projede ortak olur. Böylelikle bu işten elde edilecek olan kâr yahut zarar aralarında paylaştırılır. Ancak bu şirketin ayırdedici özelliği herkesin gözünden gizli olmasıdır. Bunun şirket sermayesi yoktur, şirketin ünvanı da yoktur, insanlar tarafından bilinmez, zahirî bir varlığı yoktur. Diğer şirketler gibi bağımsız manevi bir kişiliği de yoktur. Bu tür şirket, meselâ, bir mezâd (açık artırma)da yahut bir işin bitmesi ile fesholan özel bir alışverişte ortaya çıkan geçici bir şirkettir. İşin bitirilmesinin akabinde kârlar tasfiye edilir. Bu şirkette önde görünen tek bir kişidir. Zahiren kendi adına ilişkileri kurmaktadır, şirket ise gizli kalmaktadır, onun hükmî bir kişiliği bulunmamaktadır.

Böyle bir şirket, genel olarak şer'an caizdir. Çünkü bu inan şirketinden bir türdür. Bunda eşitlik yoktur, karşılıklı tazminat ve kefalet de bulunmamaktadır. Bu şirket ticaret türlerinden özel bir tür üzerinde akdedilir. Kâr ise, varılan anlaşmaya göre dağıtılır, zarar da bu iş için kullanılan sermayelere göre pay edilir.

Başka bir ifade ile bu hisseli şirket, ortakların hisseleri ortaklar arasında mülkiyette şayi ise bir inan şirketi olur. Eğer her bir ortak kendi hissesinin mülkiyetini koruyacak olursa, inan ve mudarebe şirketi sayılır. Fakat onlar bunu, hepsinin menfaati için diğer hisselerle birlikte kullanmak üzere bir kişiye teslim etmişlerdir. Ayrıca kârı yahut zararı aralarındaki anlaşma veya hisselerine göre paylaştırmayı da şart kabul etmişlerdir. Sahipleri tarafından onlardan birilerine verilen mal bir mu-

darebe kabul edilir. Bu malda tasarruf eden ortak da mudarib olur. Fakat o da sermayenin bir kısmını koymuş olduğundan dolayı aynı zamanda bir inan ortağıdır. Nitekim onunla birlikte şirketin yönetiminde bazı ortaklar da tasarrufta bulunacak olursa, ortaklık onların arasında inan ortaklığı olur. Şirketin yönetiminde pay sahibi olmayanlar ise, mudarib ortak olurlar. Bilindiği gibi *mufavada* ortaklığı, *inan* şirketi ile *vücuh* ve *ebdan* şirketlerinin bir arada bulunmasıdır. Çünkü tek başına sahih olan bir şey, başkası ile birlikte de sahihtir. Buna binaen bir tek şirkette, birden çok şirket türünün bulunması caizdir.

4- Anonim Şirket (Müsâheme Şirketi):

Malî şirketlerin en önemli türlerinden birisidir. Bu şirkette sermaye birbirine eşit küçük parçalara bölünür. Bunların her birisi parçalanması mümkün olmayan bir paydır. Bununla birlikte bu payın tedavülü mümkündür. Ortağın sorumluluğu, paylarının üzerindeki nominal kıymet kadardır. Şirket müdürü ve çalışanları pay sahiplerinin yanında ücretli kabul edilir. Bunların özel maaşları vardır. Bunların pay sahibi olmaları ile olmamaları arasında fark yoktur. Şirket müdürünün şirket adına şirket sermayesinden daha fazla borçlanma yetkisi yoktur. Daha fazla borçlanacak olursa bunun tazminatı ona aittir. Ortakların üzerinde tazminat sorumluluğu ise payları ile sınırlıdır. Kârlar paylar nisbetinde dağıtılır; yani sermayeler oranına göredir. Bu şirket, kişi nazar-ı itibara alınmayıp öncelikle oluşumunda mala itibar edildiğinden, kişiyi önemsemeyen şirket özelliği ile tanınır. Çünkü itibar, ortakların kişiliklerine değildir. Hatta ortaklar birbirlerini tanımazlar. Şirket idaresi ile ilgili olarak idare meclisinin yıllık genel kurul toplantılarında sundukları bilgilerden fazlasını da bilmezler. Bu konuda beşerî kanun koyucusu, anonim ortaklıkların oldukça büyük ve genelde şahısların elinde bulunamayan büyük sermaye gerektiren nisbeten büyük yatırımlara hasredilmesini uygun görmüştür. Dokuma ve iplik sanayii, pamuk ve benzeri dokumalar, demir ve çelik sanayii, porselen ve benzeri sanayiler.

Bu şirket de şer'an caizdir; çünkü bir inan şirketidir. Zira karşılıklı rıza temeli üzerinde kurulmuştur. İdare meclisinin pay sahibi ortakların vekâleti ile şirket işlerinde tasarrufta bulunması ve ortakların birden çok olmasını engelleyen bir şeyin olmaması, ortağın sorumluluğunun sadece malî hissesi kadar olması, mudarebe ortaklığındaki sermaye sahibinin sorumluluğuna benzemektedir. Şirketin devamı yahut sürekliliği, ortakların üzerinde ittifak etmeleri sebebiyle uygundur. Müslümanlar ise helâl olan hususlarda şartlarına bağlı kalırlar. Şer'an payların çıkartılması caiz olmakla birlikte, faizli karz maksadıyla hisse senetlerinin çıkartılması şer'an helâl değildir.

5- Hisseli Komandit Şirket:

Bu şirketlerde iki tür ortak bulunur. Bunların kimisi komandite, kimisi hisse sahibidir. Hisse sahibi olan ortaklar adi komandit şirkette bulunan komanditerlere

benzerler. Onlardan her hangi bir kimse, ancak takdim ettiği hisse sınırları çerçevesinde sorumludur. Şu kadar var ki, hisse sahiplerinin sayısı onlardan genel bir kurul oluşmasına müsaade edilecek şekilde daha fazladır. Pay sahibi ortak ise komanditerden farklıdır. Çünkü pay sahibi tedavülü mümkün olan paylara sahiptir. İkincisinin ise öyle bir imkânı yoktur. Bu ortaklıkta ortakların kişilikleri muteber olmayıp onların malları muteberdir.

Bu da şer'an caiz bir ortaklıktır. Çünkü bu ortaklık bazı ortaklar arasında belli bir tazminatın şart koşulduğu inan ortaklığı türündendir. Bu ise caiz bir kefalet şeklidir. Teminat sahibi olan ortağın (komanditenin) tasarruf hürriyeti diğer ortakların izninden kaynaklanmaktadır. Yine komanditelerin pay sahibi kimselerin mallarını çalıştırması mudarebe ortaklığının hükümlerine tabidir. Anonim ortaklıkta açıkladığımız gibi bazı ortakların pay sahibi olmalarını engelleyen bir durum yoktur. Çünkü hissenin paylar şeklinde sunulması, özellikle pay sahibi ortakların sayısı belli ve birbirlerini tanıyor iseler, şer'an caizdir.

6- Limited Şirket:

Diğer mal ortaklıkları gibi ticarî bir ortaklıktır. Bunda ortakların kişiliklerine itibar yoktur. Kanun, bu ortaklığın ortak sayısının elliden fazla olmamasını şart koşmuştur. Onların her birisi ancak payı oranında sorumluluk taşır. Bu durumda bu ortaklık mal şirketleri ile şahıs şirketlerinin özelliklerini bir arada toplamaktadır. Bu tür ortaklıklarda, malî şirketlerde olduğu gibi "ortağın sorumluluğunun ancak hissesi miktarı ile sınırlı olması ve hissesinin mirasçılarına intikal etmesi" özellikleri vardır. İdaresi ise anonim ortaklıklardaki gibidir. Bu şirkete ortaklardan bir yönetici tayin etmek mümkün olduğu gibi, başkalarından da tayin etmek mümkündür ve bunun maaşı sınırlıdır ve ücretle tutulan bir işçi durumunda olur. Yahut ortaklardan birisi kârdan belli bir pay karşılığında şirketi yönetebilir. Şahıs şirketleriyle ortak yanları ise, ortağın, bir şirkette hissesi olmakla birlikte pay sahibi olmamasıdır. Ortakların hisseleri ticarî paylar gibi tedavül etmez. Bunun en önemli afarklı özelliği, genel yazım yolu ile değil de şahsî katılma (iştirak yolu) ile gerçekleşmesidir.

Bütün bu hususlar şer'an caizdir ve böyle bir şirket inan şirketlerinden sayılır. Bunda ortağın sorumluluğunun hissesi miktarı ile sınırlandırılması hâlinde olduğu gibi, müdarebenin de bazı özellikleri bulunabilir. Nitekim sermaye sahibi mudarebede ancak sermayesi kadar sorumludur.

Netice olarak, medeni kanunun benimsediği bu şirketler İslam fıkhı kaidelerine yabancı değildir. Bunlar fakihlerimizin tanımladığı ortaklık kurumları ile paralellik arzetmektedirler. Fakat çağın ihtiyaç ve örfüne göre bir değişiklik göstermektedir. Şahıs şirketlerinin tümü İslam fıkhında insanların maslahatı ve değişikliğin tabiatının gereğine uygun olarak, şeriat ile beşeri kanunlar arasında bir takım hükümlerdeki farklılıklarla birlikte, İslam fıkhındaki mudarebe ortaklıkları kabilin-

dendir. Malî şirketler ise, çoğunlukla inan şirketleri kabilinden kabul edilir. Bununla birlikte, teminat ve taahhüt hâlinde mufavada ortaklığının bazı nitelikleri yahut da ortağın sorumluluğunu yalnızca hissesi miktarı ile sınırlandırma hâlinde mudarebe ortaklığının bazı niteliklerini taşır. İdare ise, eğer idareci pay sahibi bir ortak olursa işleri görmek üzere ona bir vekâlet vermek şekliyle oluyor demektir. Bu durumda vekâlet ücret ile de ücretsiz olarak da sahihtir. Yahut müdür isticar akti ile bir işçi durumunda veya müsahim (pay sahibi) değil ise sığmayacağı için görevlendirmek suretiyle bir işçi durumunda olur. Bu durumda o, görevlendirme gereği ücret ile çalışır, ortak olduğundan dolayı değil. [1]

1- Bu son kısmı (yani; "İslâm Fıkhı Açısından Eski ve Yeni Durumuyla Şirketler" başlığı altındaki açıklamaları) belli bir ihtiyat ile değerlendirmek gerekeceği kanaatindeyiz. Müellifin yazdığı bir bölümü (hatta bir satırı dahi) atlamak "ilmi emanet" anlayışına sığmayacağı için kısa ve özlü de ol sa mülâhazalarımızı kaydetmek istiyoruz.

1- Muhterem müellifin her hangi bir şirket hakkında "caizdir" hükmünü vermek için gerektiğinde iki-üç şirket türünü muhtelif yanlarıyla bir araya getirip böylece bu hükmü çıkardığını görüyoruz. Bu çaba, müellifin bu hususta yazdıklarının en göze çarpan özelliğidir. Biz burada böyle bir çabayı uygun göremiyoruz. Çünkü birden çok şirket türünün tek bir akitle ortaya çıkması veya daha sonradan meydana gelen değişikliklerle bir şirketin başka şirkete dönüşmesi hâlinde bile İslâm fıklu'nda bilinegelmiş şirket türlerinden başka bir şirket türü ortaya çıkmaz; yine İslâm fıkhında söz konusu edilen şirketlerden biri ile karşı karşıya kalınır.

Müellifin beşerî hukukça tedvin edilmiş şirketlerin caiz olup olmadığını ele alışında ise durum böyle değildir. İslâm fıkhı'nda bilinen her hangi bir şirket türünden çok, İslâm hukukuna yabancı bir şirket ile karşı karşıya bulunulmaktadır. O taktirde İslâm hukuku'nda bilinmeyen, yani şeriat tarafından adı konulmamış bir akit türü ile karşı karşıya kalıyoruz, demektir.

Müellifin de İcar Akdi'nin baş taraflarında belirttiği gibi, şeriat tarafından adları konulmuş akitler (el-ukûdu'l-müsammât) den birisi de şirketlerdir. Bu tür akitler hakkında ise, hem akitlere dair genel kaideler uygulanır, hem de kendilerine has hükümlere tabidirler. Beşerî hukukun öngördüğü şekliyle şirketlerin yapısını İslâmî görüp bunları meşruiyet çerçevesine aldığımız taktirde, bu tür akitler hakkındaki genel kaidelerle özel bir çok hükmün kendiliğinden uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Bu ise yerine göre bu tür şirketlerin batıl olmasını, fasit olmasını gerektirir; cevaz sınırlarının dışına çıkartır.

Diğer taraftan müellifin de işaret ettiği gibi İslâm şeriatı esas alınarak hazırlanmış "Ürdün Medeni Kanunu" da İslâm hukukunda öngörülen şekliyle şirket türlerini ve hükümlerini tedvin etmiş bulunmaktadır. Bu da, bu kanunu düzenleyenlerin Batıdan gelme şirket yapılarının İslâm hukukunda öngörülen şirket yapısıyla bağdaşmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

2- Müellifin gerekçe olarak göstermeye çalıştığı "örf hâline gelmek" ile "değişme" de tabiî, yerinde ve vakıaya uygun gerekçeler değildir. Çünkü bugün müslüman halkımıza uygulanan beşerî hukukların hiç birisi tabiî ve İslâm'ın egemenliğinde meydana gelmiş gelişmeler değildir. Aksine bunlar tepeden inme, İslâm'a ve müslümanlara rağmen ortaya çıkarılmış, belli bir plan ve program sonucu gündeme sokulmuş sun'i şekillerdir. O bakımdan İslâmî olmayan bir ortamda ve İslâmî olmayan yollarla ortaya çıkmış bu gelişmelerin, insanlar arasında -İslâm'ın benimsediği şekliyle- örf hâline geldikleri iddia edilemez. Dolayısıyla böyle bir gerekçe ile bu şirketlere "cevaz!" hükmünü vermeyi mümkün göremiyoruz.

3- İslâm'ın ekonomik yapısında egemen olan ruh ile beşerî ekonomik sistemlerin altyapısını teşkil eden ruh arasında gayet açık bir fark ve uzlaşması imkânsız bir ayırım bulunmaktadır. Şöyle ki: İslâm, malı hayatın temel esaslarından biri kabul etmekle birlikte; ferdin elinde hiç bir zaman bir ta-

Otobüs, kamyon vb. vasıta ortaklıkları:

Çoğunlukla bir kamyon yahut küçük bir seyahat aracı veya yolcu taşıma araçlarının mülkiyetinde ortaklık yapılır. Bu durumda bazı ortaklar belli bir takım paylara sahip olur ve onlardan birisi arabanın sürücüsü olur. Aynı zamanda bazı paylara sahip olan bir ortak da olur. Genellikle arabayı kullanan şoför, belli bir ücret yahut belli bir aylık maaş alır. Arabanın sahibi kimi zaman, mesela, dörtte birini şoföre vererek bu dörtte birin kıymetinin gelecekte sağlanacak kârlardan ödenmesi şartını koşabilir. Bütün bunlar, insanlar bunları örf hâline getirdiğinden dolayı caizdir. Çünkü ortaklık âdete göre akdolunup genişlik ve müsamaha kaidesi üzerinde kuruludur. Yine ortaklık tazminat yahut ortakların zimmetleri veya işleri üzerinde akdolur. Ayrıca ortaklık vekâlet yahut hem vekâlet hem de kefalet üzerinde kurulur. Sürücü sağlanan kârlardan payını aldığı gibi, üzerinde anlaşılan ücretini de alır. Alacağı ücretin sınırı belli bir ücret olması ile tayin edilen bir miktar olması yahut kârdan belli bir oran olması arasında fark yoktur. Anonim ve kollektif şirket bahislerinde şer'an şirket müdürünü, işi görmekle görevli bir işçi yahut bir memur olarak kabul etmekte bir engel bulunmadığını açıklamıştık. Ortaklık ve icare niteliklerinin bir arada ve aynı şeyde bulunmasında da bir engel yoktur. Çünkü bir akitte iki aktin yahut bir akitte iki şartın bulunmasının yasaklanması, illeti yahut hikmeti ortadan kalktığı takdirde o da kalkar. Böyle bir illet, anlaşmazlık ve tartışmanın meydana gelme ihtimalidir. Örf ve âdette ise bu gibi durumlarda artık tartışma ve anlaşmazlık görülmemektedir. Dolayısıyla artık böyle bir şart ifsat edici olmaktan çıkmıştır ve insanların bu tür akde ihtiyaçları vardır.

---

hakküm ve istismar vasıtası olmasına imkân ve fırsat vermez. İslâm'ın öngördüğü ortaklık çeşitlerinde bu ruhu çok açık bir şekilde görebiliriz. Ortaklığın birkaç kişi arasında kurulabilme imkânı bulunmakla birlikte, genellikle "iki şahıs"ın söz konusu edilmesi; bize göre sadece şirket aktinin iki taraf olduğundan dolayı değildir. İslâm toplumundaki ticarî teşebbüslerdeki "ortaklık"ların karakteristik özelliği hakkında da fikir vermektedir. Bizim sezinlediğimize göre bu "karakteristik özellik", şirketlerin hiç bir zaman toplumun ekonomik mukadderatında istedikleri gibi tahakküm edilebilecek noktaya gelmelerine müsaade edilemeyeceği şeklindedir. Devlet yönetimi gerektiğinde "şer'î velâyet" yetkisini kullanarak, böyle bir tehlikeye karşı şirketleri denetim altında tutabilir. Bu, "İslâm'ın ruhu"nun bir gereğidir.

Buna karşılık; beşerî hukuk düzenlerince öngörülen sözü geçen şirketlerde -ve özellikle anonim olanlarında- egemen olan "ruh", kapitalizmin sermayeyi her zaman için kayıran yaklaşımıdır. Gerektiğinde halkın elindeki küçük tasarruflar bir araya getirilebilmekte ve onları bir araya getirmeyi başaran kurmaylar veya kapitali bir arada toplamayı beceren holdingler, başkasına ait olan sermayeleri rahatlıkla kendi istekleri doğrultusunda kullanabilmektedir. Buna karşılık hissedarlar, ellerindeki senetlerden başka hiç bir şeyle avunamamaktadır. Özellikle şirketin çalışma alanının belirlenmesinde yahut değiştirilmesinde ya da feshinde hiç bir etkinliği olamamaktadır.

Bilhassa anonim ortaklıklarda yetki hisse miktarına tabi olduğundan; hisselerin yüzde 51'i, her zaman için hisselerin % 49'unu kendi istedikleri amaçları ve alanları dışında kullanılmasını istemeyen kişi(ler)in elinde tutulur. Dolayısıyla dağıtılacak yıllık kâr miktarının belirlenmesinden tutun da yatırım hususunda alınacak kararlara kadar, şahıs sayısı itibarıyla önemli bir yekûn teşkil edenlerin hiç bir etkinliği olmamaktadır. Yapabilecekleri tek şey ya istenileni onaylamak ya hiç ilgilen-

Hayvan ortakçılığı:

Çağımızda insanlar arasında hayvanları otlatmak yahut inek ve koyunları beslemek için birçok şirketler kurulmaktadır. Mal bir ortaktan, emek de diğer ortaktan konulmaktadır. Bazen her iki ortak hayvanların semeninin ödenmesinde müşterek hareket edebilir, ondan sonra onlardan birisi tek başına ya otlatmakta veya onlara yem ve içecek verip koruyup temizliklerini görmekte tek başına uğraşır. Bütün bunlar şer'an caizdir. Ancak anlaşmazlığa ve düşmanlığa götürebilecek ileri derecedeki bilgisizliğin ortadan kalkması şarttır. Anlaşmazlığa götürmeyen ve insanların âdeten biribirlerini hoş görebilecekleri kadarıyla önemsiz bilgisizliklerin zararı olmaz. Bu kaideye göre aşağıdaki şekillerin hükmü de bilinebilir:

1- Bir kişi bir miktar hayvan satın alır ve bunların semenlerini tamamıyla kendi malından öder, bir başka kişi de bunların beslenmesini ve onlar için yem satın almayı taahhüt ederse böyle bir ortaklık sahih değildir. Çünkü âmilin satın alacağı yiyecek ileri derecede bilinmemektedir ve bu anlaşmazlığa götürür. O bakımdan akit fasit veya batıl olur.

2- Şayet verilecek yem'in bedeli hayvanların verdikleri sütten karşılanabiliyor ise, geri kalan süt gelirinin ortaklara dağıtılması esası üzere ortaklık kurulursa sahih değildir. Çünkü süt bazen yeme yeterli gelebilir, bazen gelmeyebilir. Sermaye sahibi eğer hayvanların gerek duyacağı yemi karşılamayı üstlenirse o vakit akit sahih olur.

---

memek ya da elindeki hisseyi her hangi bir şekilde başkasına devretmektir. Nitekim müellif de buna işaret etmektedir.
Diğer taraftan özellikle anonim şirketlerde kârın tesbitinde ve dağıtımında uygulanması teamül hâline gelmiş bir şablon vardır. Bu şablona göre kâr olarak tesbit edilen miktarın dörtte biri yıpranma payı olarak ayrılmakta, dörtte biri yönetime, verilmekte, dörtte biri faiz gideri olarak tahsis edilmekte, kalan dörtte bir ise işçi ve personel giderleri düşüldükten sonra, hissedarlara hisselerine göre dağıtılmaktadır.
Şirket yöneticileri ile şirket hisselerinin yüzde ellibirini -ve çoğu zaman daha fazlasını- ellerinde bulunduranların büyük bir ekseriyetle aynı ya da birbirine yakın ilişkileri bulunan kimseler olduğu vakıasını gözönünde bulundurduğumuz taktirde, bu tür şirketlerin hem yapı olarak hem de amaç ve ruh olarak İslâm'ın şirketlere yaklaşımından ne kadar uzakta olduğunu daha iyi anlayabiliriz.
4- Özellikle kurulu ve faaliyette olan şirketlerin zaman zaman hisse senetleri çıkartıp kâr dağıtımı vaadinde bulunmalan hâli, kesinlikle mudarebe olarak görülemez. Çünkü bilindiği gibi aynlarda ve akarda mudarebe olmaz. Bu şirketlerin çıkardıkları bu tür senetler ise kârdan belli bir oran ile birlikte ayn ve akarlarda da ortaklığı ifade eder.
5- Şirketler, genelde müslümanın hassas olduğu konularda duyarsız bir tutum içerisindedir. Bunun en açık örneği, istisnasız denebilecek şekilde hepsinin açıktan açığa faizli muamelelere giriştikleri, gerektiğinde karaborsaya, sun'i ve anlaşmalı grevlere, istihdam ettikleri işçilerin çalışmak mecburiyetlerini istismar edip haksızlığa ve İslâmî olmayan daha pek çok vakaya sebep, alet ve sahne olduğu bilinen bir husustur. Böyle bir şirkete hisse koyup ortak olan hissesi kadar bütün bu cürümlere de ortak oluyor demektir...

3- Amilin yapacağı iş hayvanı beslemek, koruyup gözetlemekten ibaret olursa, sermaye sahibi de masraf ve yiyecekleri karşılamayı üstlenip taahhüt ederse, ortaklık sahih olur ve bu durumda ortaklık bir mudarebe olur. Hayvanın yemini yemesi kendi isteği ile ve tabii bir durumdur. -Hanefîlerin dediği gibi- bunun hayvanın gelişip artmasında bir etkisi yoktur demeye imkân yoktur. Çünkü âmilin yapacağı iş, yani belli öğünlerde, belli oranda yem vermek, zorunlu bir iştir. Ayrıca hizmetlerini görmek, gerekli kontrollerini, temizlik ve bakımlarını yapmak da böyledir. Bütün bunların ise hayvanların semirip fiyatlarının yükselmesinde, nesillerinin de güzelleşmesinde görünür bir etkisi vardır.

4- İki kişi hayvanın semenini ödemekte, yeminin ve içeceğinin masraflarını karşılamakta ortak olsalar, onlardan birisi de teberru yoluyla (karşılıksız olarak) hizmetini görecek olsa, bu ortaklık sahihtir. Çünkü bu ortaklık işin dışında sadece sermayede bir ortaklıktır.

5- Halihazırda çoğunlukla görülen şekil, davarların semenlerinde ortak olup çobanın yahut âmilin davarların sütlerini ve yağlarını, çobanın yapmış olduğu hizmet, bakım ve gözetim karşılığında almak şeklindedir. Doğan yavrular ve yün ise iki ortak arasında eşit olarak pay edilir. Böyle bir ortaklık şer'an, el-Ezher'in Fetva Kurulu'nun da 1948 yılında kararlaştırdığı gibi, caizdir. Çünkü insanlar bu şekilde teamül etmekte ve bunu örf hâline getirmiş bulunmaktadırlar. Böyle bir işe ihtiyaçları da vardır. Kitap, sünnet ve icmada bunu yasaklayan bir nas da bulunmamaktadır. Ayrıca böyle bir işten dolayı anlaşmazlık ve düşmanlıklar da meydana gelmiyor. O hâlde insanlara kolaylık olması için bu caizdir. Ortadaki bilgisizlik ise anlaşmazlığa götürmeyecek kadar basittir.

Netice olarak Allah'ın dini kolaylıktır, zorluk değildir. Şeriat ile çatışmayan sahih örfler ise muteberdir. Bu gibi hususlarda da artık içtihat teayyün etmiştir. Yenilik ve gelişme ise zorunlu iki husustur.

Bütün bunlardan sonra diyebilirsiniz ki: Peki öneriniz nedir? Her alanda müslüman olarak önerimiz ne ise bu alanda da ancak o olabilir. Müslüman, içinde yaşadığı yapının kalıbına dökülen, ortama göre renk alan bir kişilik taşımaktan ziyade; her türlü ilişkisini ve şahsiyetini *"Allah'ın boyası"* ile boyamakla yükümlüdür. Onun tek sorumluluğu budur.
"Biz Allah'ın boyası ile boyandık. Boyası Allah'tan daha güzel olan kimdir? Biz O'na ibadet ederiz." (Bakara, 138).
(Çeviren)

HİBE

1. Tarifi ve Meşruluğu

Hibe, hediye ve sadakayı da kapsamaktadır. Çünkü hibe, sadaka, hediye ve atiyyenin manaları birbirine yakındır. Şayet muhtaç olan bir kimseye vermek suretiyle yüce Allah'a yakınlaşma maksadı güdülürse bu, sadaka olur. Şayet ona duyulan takdir ve sevgi dolayısıyla kendisine verilenin bulunduğu yere kadar götürülürse hediye değilse hibe olur. Atiyye ise ölüm ile sonuçlanan hastalık hâlindeki hibedir.

Şer'î bir terim olarak *hibe,* hayatta iken bedelsiz ve nafile olarak temlîk ifade eden bir akittir. [1] Hanbelîler ise hibeyi şöylece tanımlamaktadırlar: [2] Bilinen veya bilinmesine imkân olmayan [3] fiilen var olan, teslim edilebilen vacibin dışında kalan bir malı hayatta iken örfen hibe sayılan "hibe, temlik ve buna benzer" lafızlarla bir bedel karşılığı olmaksızın temlik etmektir. Bu tanımda sözü geçen kayıtlar ile ariyet (ödünç), köpek, cenin, hanımın nafakası, vasiyet ve alışveriş gibi şeyler dışarıda bırakılmak istenmiştir. "Temlik" lafzı âriyet (ödünç) olarak verilen şeyleri dışarıda bırakmak içindir. "Mal" kaydı ise köpekler gibi mal olmayan şeyleri tarifin dışında tutmak içindir. "Teslim edilebilen" kaydı ise, cenin gibi şeylerin dışarıda bırakılması içindir. "Vacibin dışında" kaydı ile borç ve nafakaların dışarıda tutulması istenmiştir. "Hayatta" kaydı ile de vasiyet dışarıda tutulmak istenmiştir. "Bedel karşılığı olmaksızın" kaydı ile ivazlı, yani bedelli akitler dışarıda tutulmak istenmiştir.

Hibe meşrudur ve teşvik edilmiş bir şeydir. Çünkü yüce Allah şöyle buyur-

---

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 396; *el-Muğnî,* V, 591; *Fethu'l-Kadîr,* VII, 113; *İbni Abidîn,* IV, 530.

2- *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 328; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 329.

3- Birbirinden ayırd edilemeyecek şekilde iki kişinin malının birbirine karışması ve birinin ötekisine malını bağışlaması hâlinde olduğu gibi.

muştur: *"Eğer gönül hoşluğu ile size bir şey bağışlarlarsa onu da afiyetle yiyin."* (Nisâ, 4)

Yine yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Ona olan sevgisine rağmen malı akrabaya, yetime, miskîne ve yolcuya veren (in yaptığı iş asıl iyiliktir)"* (Bakara, 177) Diğer taraftan Peygamber (a.s.) de şöyle buyurmuştur: *"Hediyeleşiniz, birbirinizi seversiniz."* [1] Yine Hz. Peygamber şöyle buyurmaktadır: *"Hiç bir komşu kendi komşusuna bir koyunun paçasını dahi olsa hediye olarak vermeyi küçük bir şey olarak görmesin."* [2] Bir başka hadisinde de şöyle buyurmaktadır: *"Verdiği hibey geri alanın durumu, kusan, ondan sonra da kusmuğunu yalayan köpeğin durumuna benzer."* [3]

Bütün türleriyle hibenin müstehap olduğu üzerinde icma edilmiştir. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"İyilik (birr) ve takva üzere birbirinize yardımcı olunuz."* (Mâide, 2) Hibenin akrabaya yapılması daha faziletlidir. Çünkü böylelikle sıla-i rahimde de bulunulmuş olur [4].

Mezhep imamları hibenin icap, kabul ve kabz ile sahih olduğu üzerinde ittifak ettikleri gibi, hayırlı konulara dair verilmiş sözleri (vaadleri) yerine getirmenin matlup, istenen bir şey olduğu, özel olarak bazı çocuklara hibede bulunmanın ve birini ötekine üstün tutmanın mekruh olduğu üzerinde de icma etmişlerdir. [5]

2. Rüknü

Hanefîlere göre: Hibenin rüknü kıyasa göre icap ve kabuldür. Çünkü hibe de alışveriş gibi bir akittir. *el-Mebsût*'ta kaydedildiği gibi kabz da aynı şekilde bir rü-

1- Meşhur hadis kitaplarında Ebu Hureyre, Abdullah b. Amr, Abdullah b. Ömer ve Hz. Aişe'den rivayet edildiği gibi, *mürsel* olarak da rivayet edilmiştir. Ebu Hureyre'den gelen hadisi Buhârî *el-Edebu'l-Müfred*'de rivayet ettiği gibi, Ebu Ya'lâ, Nesei, Beyhakî ve İbni Adiyy de rivayet etmiştir. İbni Hacer: "İsnadı *hasen*dir" demiştir. Çünkü bu isnadın delili olabilecek rivayetler çoktur. Her ne kadar bütün ravileri tenkit edilmişse de böyledir. İbni Amr'ın hadisini Hakim rivayet etmiştir. İbni Ömer'in rivayetini İbnü'l-Kasım el-Asbahânî rivayet etmiştir. Hz. Aişe'nin hadisini *el-Evsat*'da Taberanî rivayet etmiştir. *Mürsel* olan hadisi ise *Muvatta*'da Mâlik, Atâ el-Horasanî'den rivayet etmiştir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 120; *Sübülü's-Selâm,* III, 92; *Neylü'l-Evtâr,* V, 347; *et-Telhîsü'l-Habîr,* 259; Sübülü's-Selâm, III, 93.

2- Bu hadisi Buharî Müslim ve Tirmizî, Ebu Hureyre'den rivayet etmişlerdir. Camiu'l-Usûl XII, 262; *et-Telhisu'l-Habîr,* 259.

3- *Kütüb-i Sitte* musannifleri İbni Abbâs'tan rivayet etmişlerdir, lafzı şöyledir: *"Kötü örnek bizim için söz konusu olamaz. Hibesini geri isteyen, önce kusan sonra da kusmuğunu yalayan köpeğe benzer."* Bir diğer rivayette ise: *"Kustuktan sonra dönüp kusmuğunu yalayan köpek gibidir."* denilmektedir. Ebu Dâvud'un rivayetinde ise *"Hibesinden vazgeçen kişi kusmuğunu yiyen gibidir."* Katâde de; *"Biz kusmuğun haramdan başka bir şey olduğunu da bilmiyoruz."* demiştir. *Câmiu'l-Usûl,* XII, 265; *Nasbu'r-Râye,* IV, 126.

4- *el-Mebsût,* XII, 47 vd. ve bu hadislerin kaynaklarının belirtildiği notlardan önce zikredilen kaynaklar.

5- *el-Mîzân* (Şa'ranî), II, 99; *Fethu'l-Kadîr,* a.y.

kündür, çünkü alış verişin hilâfına bunda mülkiyetin gerçekleşmesi için kabz etmek lâzımdır. Kâsânî ile bazı Hanefî âlimlerine göre, istihsandan hareketle kendisine hibe yapılanın kabulü rükün kabul edilmemiş, sadece hibede bulunan kimsenin icapta bulunması rükün kabul edilmiştir. Çünkü sözlükte hibe, kabul şartı söz konusu olmaksızın mal sahibinin icabından ibarettir. Kabul ise hibenin hükmünün, yani hibeye terettüp eden neticenin -o da mülkiyetin naklidir- gerçekleşmesi için gereklidir. Bu görüş ayrılığı neticesinde ortaya çıkan durum şudur: Bir kimse bir şeyi filâna hibe etmemek üzere yemin ettikten sonra ondan bir kısmını filâna hibe etse, kendisine hibe edilen kişi de bunu kabul etmese istihsana göre yemini bozulmuş olur, kıyasa göre ise bozulmuş olmaz. Hanefî şarihlerinin çoğu [1] hibenin, hibe eden kişi açısından icap ile tamamlanacağı, kendisine hibe edilen kişi açısından ise icap ve kabul ile tamamlanacağı görüşündedirler. Çünkü hibe bir teberru aktidir. Dolayısıyla ikrar ve vasiyette olduğu gibi teberru edenin fiili ile tamamlanır. Şu kadar var ki, kendisine hibe edilen kişi hibe edilen malı ancak kabul ve kabz ile mülk edinebilir. Ancak *Mecelle*'nin 837. maddesinde şöyle denilmektedir: "Hibe, icap ve kabul ile mün'akit olur ve kabz ile tamamlanır."

*Cumhura göre:*Hibenin rükünleri [2] dörttür: Bunlar:Vâhib, (hibe eden), mevhûbun leh (kendisine hibe edilen), mevhup (bağışlanan şey, bağış) ve siga (ifade şekli).

Vahip kişi, sağlıklı ve kendi nefsinin maliki olması halinde malik kimsedir. Şayet hasta hibede bulunur, sonra ölürse cumhura göre onun bu hibesi terekesinin üçte birinde geçerlidir. Mevhubunleh ise her insandır. İttifakla bir insanın yabancı bir kimseye bütün malını hibe etmesi caizdir. Ancak çocuklarından bir kısmını bırakıp bir kısmına malının tümünü hibe etmesi yahut da hibede bazısını bazısına üstün tutması, cumhura göre mekruhtur. Fakat böyle bir şey yapılacak olursa caizdir.

Mevhup (bağış), malik olunan her şeydir.

Siga ise hediye, hibe, atiye, bağış ve buna benzer her türlü lafız söz veya fiildir.

İcap ya hibede bulunan kimsenin: "Bu şeyi sana hibe ettim" gibi açıkça bir söz söylemesi yahut da: "Bu mal senin mülkündür, onu sana verdim, o senindir onu sana veriyorum, bağışlıyorum, hediye ediyorum, sana bu yemeği ikram ediyorum, bu binek senin olsun." deyip bunu hibede bulunmak niyetiyle yapması gibi sözlerle olur. Çünkü *ayn*'ın hemen temliki yahut da bedel olmaksızın ona verilmesi hibe demektir. Diğer taraftan öteki lafızlar da insanların örfünde veya kullanmaları arında

1- *el-Mebsût*, XII, 57; *el-Bedâyi'*, VI, 115; *el-İnâye ma'a'l-Tekmileti'l-Feth*, VII, 113 vd; *İbni Abidin*, IV, 531; *Tekmiletül İbni Abidîn*, II, 329.
2- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 366; *ed-Desukî*, IV, 97 vd.

temliki ifade eder.

Bu, mutlak icap hâlindedir. Eğer icap bir karine ile birlikte olursa, bu karine ya bir vakit, ya bir şart ya da bir menfaat olur. (1)

Zaman Karinesi ile Yapılan İcab (umra) ın örneği: Kişinin: "Ömrün boyunca ben sana bu evi verdim" yahut da: "Bu evi sana umrâ (2) olarak veriyorum" ya da: "Hayatın boyunca" yahut, "Benim hayatım boyunca sana bu evi veriyorum. Ölecek olursam o vakit bu ev benim mirasçılarıma geri dönecektir." demesi gibi (sözlerdir.) Bütün bu türlü sözler bir hibedir ve bu hibe ömrü boyunca kendisine vermeyi söylediği kişiye ait olur, vefatından sonra da mirasçılarına aittir. Çünkü böyle bir temlik sahih, ancak vakit tayini batıldır. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"(Mallarınızı elinizde tutun! "ömür boyu" kaydıyle başkasına vermeyin. Çünkü kim bir şeyi "ömür boyu" kaydıyle başkasına verirse artık o şey onundur."* (3) Yani "Ömür boyunca senin olsun" dediği veya kendisine hibede bulunduğu kimseye ait olur. Diğer taraftan hibe malî muavaza akitlerinin hilâfına fasit şart ile batıl olmaz. Malî muavaza akitlerinden birisi de bey' (alışveriş) dir. Alışveriş akti gibi diğer bedelli alışverişler ise fasit şart ile fasit olurlar. Çünkü alışveriş ile birlikte koşulan (fasit) şart, yasaklanmıştır.

Rukbâ şartı ile birlikte yapılan icabın örneği: Kişinin: "Bu ev senin için rukbâ (4) dır" veya "Senin için alıkonulmuştur" vs. demesidir. Bu durumda o mal onun elinde bir ödünç olur. Ebu Hanîfe ve Muhammed'e göre ne zaman isterse ondan o evi alabilir. Resulullah (a.s.)'dan yapılan, onun umrâyı geçerli, rukbâyı da geçersiz kabul ettiğine dair rivayeti (5) delil göstermişlerdir. Diğer taraftan böyle bir hibede bulunan kişinin söylediği bu söz, temliki, var olmak veya olmamak gibi bir tehlikeye bağlı kılmış (ta'lik etmiş)tir. O bakımdan böyle bir hibe sahih olmaz, ödünç olarak sahih olur. Çünkü bu durumda o evi bu kişiye teslim etmiş ve ondan faydalanmak üzere serbest bırakmıştır. Ödüncün manası da budur.

1- Geniş açıklama için bk. *el-Bedâyi'*, VI, 116 vd.

2- *Umra:* Bir kimseye hayatı boyunca kullanıp da o öldükten sonra verene dönmek üzere bir şey vermektir. Meselâ kişiye: "Ömrün boyunca (veya umrâ) sana bu evimi veriyorum veya hayatın boyunca veya hayatta kaldığın sürece sana bu evi veriyorum." demek gibi. Umra, bir çeşit hibe demektir. Bu kelime "ömür"den alınmıştır. Cahiliye döneminde böyle yapıyorlardı. Ancak şeriat bunu iptal etmiştir.

3- Buharî, Müslim, *Muvatta'*da İmam Malik, Ahmed ve dört *Sünen* sahibi değişik lafızlarla Câbir b. Abdullah'tan rivayet etmişlerdir. Bu lafızlardan kimisi üzerinde Buharî ile Müslim ittifak etmiştir. İttifak ettikleri lafız şöyledir: *"Umra kendisine hibe edilen kişiyedir."* Kimisini de Müslim ve Ahmed şu lafızla rivayet etmiştir: *"Mallarınızı elinizde tutmaya bakınız, onları ifsat etmeyiniz. Her kim bir umra yapar ise artık o, hayatta iken de öldükten sonra da umra yaptığı kimsenin ve onun soyundan gelenlerindir." Camiu'l-Usul,* IX, 112; *Neylü'l-Evtâr,* VI, 13; *Sübülü's-Selâm,* III,93.

4- *Rukbâ:* "Ben senden önce ölürsem o senindir, sen benden önce ölürsen o da benimdir." demek şeklinde olur. Buna bu ismin verilmesinin sebebi, her kişinin ötekisinin kendinden önce ölmesini gözetleyip beklemesidir.

5- Zeylâî bu hadis hakkında; "gariptir" demiştir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 128.

Şafiî, Hanbelî ve Hanefîlerden Ebu Yusuf'a göre: [1] Şayet kendisine bağış yapılan kişi onu kabzedecek olursa, bu bir hibe olur. Ötekinin "Bu senin için rukbâdır ve alıkonulmuştur" şeklindeki sözleri ise batıldır. Bu görüşlerine delil olarak Resulullah (a.s.)tan rivayet edilen onun umra ve rukbâyı caiz gördüğünü belirten hadisleri göstermektedirler [2]. Diğer taraftan kişi "Evim senindir" derken, onun *ayn*'ını temlik etmektedir, menfaatini temlik etmemektedir. Ayrıca: "Bu ev ömür boyunca (umra) senindir..." sözüne kıyasen de bunun hakkında verilen hüküm bu olur.

Malikîlere göre: [3] Onlar da Hanefîler gibi umrayı caiz, rukbayı geçersiz kabul etmişlerdir. Onlar umrayı akar veya bir başka şeyin menfaatini bedelsiz olarak hayatı süresince mülk olarak vermek" diye tayin etmişlerdir. Kendisi lehine umra yapılan kişi öldüğü takdirde umra olarak verilen şey, eğer hayatta ise, verene döner, ölmüş ise mirasçılarına döner.

Rukba ise iki kişinin biri diğerinden önce ölecek olursa, ölenin malının hayatta kalana ait olması üzerinde ittifak etmeleridir.

Kısacası ilim adamlarının çoğunluğu umrayı da rukbayı da icap, kabul, kabz ve buna benzer şeylere gerek duyuran hibeden iki tür olarak görmüş ve caiz kabul etmişlerdir. Hanefîler ve Malikîler ise rukbayı kabul etmemiş umrayı caiz görmüşlerdir.

Menfaat ile birlikte (minha) yapılan icaba örnek Kişinin: "Bu evin iskân menfaatini (sükna) yahut bu koyun veya bu araziyi sana minha olarak veriyorum (bağışlıyorum)" demesi gibidir. Bu, Hanefîlerin ittifakı ile bir ödünçtür. [4] Çünkü kişinin: "Bu evde sakin olmak"tan söz etmesi onun bu evin menfaatini temlik etmek istediğine delildir. Diğer taraftan "minha" menfaatlerin bağışlanmasından ibarettir. Böyle bir söz, aslının bekası ile birlikte kendisinden faydalanılabilecek bir ayn'a izafe edilirse bu sözün hakikati ile amel edilir.

1- *el-Muğnî*, V, 624; *Tuhfetu't-Tullâb*, 172.

2- Bu hadis-i şerif, daha önce kaynağını belirttiğimiz hadisi şerifte Hz. Câbir'in rivayet ettiği şu lafızla sabittir: *"Umra, ehli hakkında caizdir. Rukbâ da ehli hakkında caizdir."* Bunu başka bir takım hadisler daha kuvvetlendirmektedir. Bunlardan biri İbni Ömer'den Neseî ve İbni Mâce tarafından merfû olarak rivayet edilen *"Umra da yoktur rukba da yoktur. Her kim bir şeyi Umra veya rukba olarak verirse, hayatında da ölümünde de o kimsenindir"* hadisi; bir diğeri Ebu Dâvud ve Neseî, *Müsned*'inde Ahmed, *Sahih*'inde İbni Hibbân tarafından Zeyd b. Sâbit'ten şu lâfızla yapılan rivayettir: *"Her kim bir şeyi umra olarak verirse hayatında da ölümünde de o, umra yaptığı kimsenin olur. Rukba da yapmayınız. Her kim rukba yaparsa onun da durumu böyledir."* Bir başka hadisde Neseî'nin İbni Abbâs'tan, Tirmizî'nin Semura b. Cündüb'dan yaptığı rivayettir; başka rivayetler de vardır. *Camiu'l-Usûl*, IX, 111-115; *Nasbu'r-Râye*, IV, 128; *Neylü'l-Evtâr*, VI, 12 vd.; *Sübülü's-Selâm*, III, 91; *et-Telhîsu'l-Habîr*, 260.

3- *eş-Şerhu'l-Kebîr ma'a'd-Desûkî*, IV, 97 vd.

4- Eskilerin kullanımında durum böyleydi. Çağımızda ise "minha" ile tamamıyla "hibe" kastedilmektedir.

Ancak kendisinin tüketilmesi hâlinde kendisinden yararlanılabilecek bir şeye izafe edilirse -meselâ, ona bir yiyecek ,süt gibi bir şey bağışlarsa- bu, hibe olur. Çünkü aynının varlığı hâlinde onun bir faydası olmaz.

Bu şekilde bir ayırımdan hareketle şöyle demişlerdir: *Ayn*'ların ariye (ödünç) t olarak verilmesi menfaatlerinin temlik edilmesidir. ölçülen ve tartılan -dirhem ve dinarlar da bunlar arasındadır- şeylerin (ödünç) olarak verilmesi ise bir karz işlemidir. Bu durumda da ayn, temlik edilir. [1] O hâlde bu ödünç kullanmakla,karz ise tüketmekle ilgilidir.

Aynı şekilde "Bu evde sakin olmak (sükna) ömür boyunca (umra) senindir veya ömür boyunca bu evde sakin olabilirsin (umra-sukna)" demesi hâlinde de bu, bir ödünç verme olur. Çünkü bu sözü söyleyen kişinin bir 'sükna'yı zikretmesi, onun menfaatini temlik etmeyi istediğine delildir. Diğer taraftan "sükna" demesi de menfaat hakkında kullanılır; başkası hakkında kullanılmaz. "Umra" kelimesi ise bir sıfat olup kendisinden önceki mevsûfun bir kaydıdır. Bu da onun ödünç olduğuna delildir.

Aynı şekilde: "Süknâ hibesi" veya "Hibe süknâsı" dese yine bu bir ödünçtür. Çünkü bu sözü söyleyen kişi "hibe" lafzından sonra "sükna" yı zikretmekle hibeyi açıklamış olur. Çünkü hibe hem ayn'ın hibe edilmesi hem de menfaatlerin hibe edilmesi ihtimalini taşımaktadır. Kişi "sükna" diyecek olursa, böylelikle menfaatini hibe ettiğini tayin etmiş olur. [2] Çünkü bu kelime kendisinden önceki kelimenin bir sıfatıdır. Sıfat ise nitelenen şeyi bir kayıtlayıcılık özelliği taşır.

Şayet: "Bu evde ömür boyunca sakin olman için (umra) senindir." veya "Onda sakin olman için bir sadakadır." dese bu hem bir hibe, hem de sadakadır. Çünkü bu örnekte hibe, sıfat ile tefsir edilmemektedir. Aksine önce bu evi hibe etmiş, sonra da kendisine ait olan bu mülkte ne yapacağını göstermiştir. Başkasının mülkündeki bir istişare veya görüş belirtme ise batıldır. Dolayısıyla böyle bir şart fasit olur. Hibe ise fasit şartlar ile batıl olmaz. [3] Buna göre bu hibe malın *ayn*'ı ile alâkalı olur. Kişinin "Bu evde oturman için" demesi ise: "Bu evde sakin olman için hibe ediyorum." demesi ayarındadır. Tıpkı: "Bu evi kiraya veresin diye sana hibe ediyorum."[4]

1- *el-Bedâyi'*, VI, 215.
2- a.g.e. V, 118; *Fethu'l-Kadîr*, VII, 120.
3- Bu hüküm alışverişteki hükmün hilâfınadır. Çünkü alışveriş bu konudaki yasaklama sebebiyle fasit şart ile fasit olur. Ancak hibe hakkında böyle bir yasaklama yoktur. Aksine fasit şart ile birlikte hibenin fasit olamayacağına delil olan rivâyetler gelmiştir. Çünkü Peygamber (a.s.) umrayı caiz kabul etmiş ve umra yapan kimsenin şartını geçersiz kılmıştır *el-Bedâyi'*, VI, 117; *İbni Abidin*, IV, 532..
4- *el-Bedâyi'*, VI, 118.

3. Hibenin Şartları

Hibede yapacak olanda ve hibe edilecek şeyde bir takım şartlar aranır. Hanbelîler[1] hibede on bir şartın varlığından söz etmişlerdir. Söz konusu şartlar şunlardır: Hibenin, tasarrufu caiz olan bir kişi tarafından yapılması, kişinin ihtiyarı ile ve ciddi olarak yapmış olması, satılması sahih olan maldan yapmış olması, bedelsiz olması, mülk edinmesi sahih olan bir kişiye yapılması, kendisine hibe edilenin veya velinin araya engel teşkil edecek bir şeyle meşgul olmadan önce kabul etmesi, bununla birlikte hibenin yerine getirilmesi; her hangi bir zaman ile tayin edilmemesi. Tasarrufu caiz olan kişiden maksat hür, mükellef ve reşit olan kişidir.

Hibe edilenin (mevhub'un) mal olmasının şartı ise mal olmayan özel bir takım şeylerin tarifin dışında bırakılması maksadıyla ileri sürülmüştür.

Hibe edende (vahip'te) aranan şartlar:

Hibe eden kişide akıl ve rüşt ile birlikte, baliğ olmak suretiyle teberru (bağış)da bulunma ehliyetinin bulunması şartı aranır. Bu, hibe aktinin gerçekleşmesi için şattır. Çünkü hibe bir teberrudur. Dolayısıyla çocuk ve delinin hibesi caiz değildir. Çünkü çocuk ve deli teberru imkânına sahip değildirler. Zira teberru mutlak bir zarardır. Aynı şekilde baba da bedel şartı bulunmaksızın küçüğün malından hibede bulunma imkânına sahip değildir ve bu konuda ihtilâf yoktur. Çünkü babanın küçük çocuk üzerindeki velâyeti sadece faydalı alanlara münhasırdır. Hibe ise mutlak zararı bulunan bir teberrudur. Dolayısıyla babanın böyle bir bağışta bulunması caiz değildir.

Baba, hibe karşılığında bir bedel şart koşarsa, Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'a göre, yine caiz değildir. Çünkü o takdirde bedel şartı ile hibede bulunmak başlangıçta, yani kabızdan önce bir teberru sonunda, yani bedelin kabzından sonra ise alışveriş olur. Baba ise böyle bir teberruda bulunma imkânına sahip değildir. İmam Muhammed ise, bedel şartı ile, babanın küçüğün malından hibede bulunmasını caiz görmüştür. Çünkü böyle bir şey alışveriş demektir. Bu gibi konularda mananın neye uygun düştüğüne itibar edilir.[2]

Hibe edilen şeyde (mevhupta) aranan şartlar:

Hibe edilen şeyde bir takım şartlar aranır.

1- Hibe vaktinde var olması:

Akit esnasında var olmayan şeyin hibe edilmesi ile hibe akti gerçekleşmez.[3] Meselâ, bu sene hurma ağaçlarının vereceği meyveyi yahut da bu sene koyunların

---

1- *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 334; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, IV, 329 -Mekke baskısı-.

2- *el-Bedâyi'*, a.y.

3- *el-Mebsût*, XII, 71; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 124; *el-Bedâyi'*, VII, 119; *İbni Âbidîn*, IV, 534 *el-Kitâb*, II, 172; *Tekmiletu İbni Abidîn*, II, 329.

doğuracağı yavruları hibe etmek buna örnektir. Çünkü böyle bir şey fiilen var olmayan bir şeyin temlikidir. Bu durumda akit batıl olur. (1)

Koyunun karnındaki yavruyu hibe etmek ve doğum esnasında o yavruyu kabzetme imkânını ona vermek hâlinde de durum böyledir. Böyle bir akit de gerçekleşmez. Çünkü böyle bir şey var olabilir de olmayabilir de; her ikisi de muhtemeldir. Diğer taraftan karnın şişmesi hamilelik dolayısıyla olabileceği gibi, bir hastalık sebebiyle de olabilir.

Yine buğdaydan çıkacak unu, susamdan çıkacak yağı, sütten alınacak tereyağını, zeytinden çıkacak zeytin yağını hibe edecek olsa caiz olmaz, velev ki bunların meydana gelecekleri zaman onları kabzetmek için ona imkân vermiş olsun. Çünkü hibe esnasında bunlar fiilen var değildir. Var olmayan ise mülk edinilmez. Dolayısıyla bu akit, batıl olur. Böyle bir hibe akti, ancak (var olacakları esnada) yenilenmekle gerçekleşebilir.

Memedeki sütü, koyunun sırtındaki yünü, yerdeki ekin ve hurma ağaçlarını, ağaçlardaki hurma meyvesini hibe etmek ise, aşağıda açıklaması gelecek *şâyi' müşkün* hibe edilmesi gibidir ki; bu da fasit bir hibedir. Şayet bunları ayırıp hibe ettiği kişiye teslim edebilirse caiz olur. Çünkü hibe edilen şey vardır ve hibe esnasında mülk altındadır. Şu kadar var ki, bir mani dolayısıyla bu hibe geçerli değildir; o da bunun başka şeyle karışık halde olmasıdır. Eğer o hibe edilen ayrılır ve hibeye mani olan engel izale edilirse, o vakit hibe caiz ve sahih olur. (2)

Şafiîlerle Hanbelîler bu şarta, Hanefî mezhebine uygun kanaat belirterek şöyle demişlerdir: Satışı sahih olan her şeyin hibesi de sahihtir. Malikîler ise şöyle demişlerdir: Kaçmış köle (âbık), ürküp kaçmış deve, miktarı belli olmayan, sağlıklı bir ürün olarak henüz meydana çıkmamış meyve ve gasbedilmiş mal gibi satılması sahih olmayan şeylerin hibe edilmesi caizdir.

2- Hibe edilen şeyin şer'an kıymet biçilebilen mal sayılması:

Kat'iyyetle mal olmayan hür insan, meyte (leş), kan, Harem'in ve ihramlının avı ve buna benzer şeylerin hibe edilmesi ile hibe akdi gerçekleşmez. Şarap gibi

---

1- Malikîler şöyle der: Gararın hibenin sıhhatine etkisi yoktur. O bakımdan bilinmeyenin ve var olması umud edilip elde bulunmayanın hibesi caizdir. Meselâ, kaçan köle, ürküp kaçmış deve ve bilinmeyenin hibesi ile olgunlaşıp olgunlaşamayacağı ortaya çıkmadan önce meyve, gasbedilmiş mal. Genel olarak şer'an garar bakımından satılması sahih olmayan her şey(in hibesi de sahihtir). *Bidayetü'l-Müctehid,* II, 324; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 367.
Şafiîlerle Hanbelîler ise, hibede gararın etkisi hususunda Hanefîler gibi düşünürler. Alışverişte nasıl etki ediyorsa hibede de aynı şekilde etki eder. *Muğni'l-Muhtâc,* II, 399; *el-Muğnî,* V. 598.

2- *el-Bedâyi,* VI, 119 ve bu şarttan ilk söz edilmeye başlandığında kaydedilen adı geçen kaynaklar. Dikkat edilecek olursa memedeki sütün ve koyunun sırtındaki yünün hibesinin *Tuhfetü'l-Fukahâ* ile *el-Bedâyi*'de batıl olduğu belirtilmektedir. Sahih olan ise, *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr*'da belirtildiği üzere, bunun fasit hibe olduğudur.

kıymeti olmayan şeyin hibesi de caiz değildir. [1]

3- Bizatihi mülk olması.

Mübah şeylerin hibe edilmesi ile hibe akti olmaz. Sözü geçen bütün bu şartlar, hibe aktinin gerçekleşmesinin şartlarıdır.

4- Hibe edilenin hibe edenin mülkü olması.

Başkasına ait olan malın hibesi, onun izni olmaksızın geçerli değildir. Çünkü mülkü olmayan bir şeyi başkasına temlik etmek (mülk olarak vermek), imkânsız bir şeydir. [2] Hanefîlere göre bu, hibenin nâfiz, geçerli olmasının şartıdır. Bu son şarta binaen Hanefîlere göre mülk olan bir şeyin *ayn* veya *deyn* (borç) olması arasında fark yoktur. Buna göre bir kimsenin başka bir kişideki alacağını hibe etmesi caizdir. Çünkü başkasının zimmetinde olan bir şeyin teslim edilmesi ve alacaklının da bunu kabzetmesi imkân dahilindedir. Diğer taraftan aynın kabzedilmiş olması, zimmette bulunan aynın kabzı gibidir. Aynı şekilde alacağını alacaklısından başkasına da -kabzetmeye açık olarak izin verir ve o da kabzederse -hibesi, istihsânen câiz olur. Nitekim kabz için izin şartında bunu açıklayacağız.

5- El altında, yani başka hisselerden ayrılmış olması:

Hanefîlere göre paylaştırılmak ihtimali bulunan ev, büyük mesken gibi çok hisseli olan bir şeyin hibe edilmesi sahih değildir. O takdirde hibe fasit olur. Şayet bu hisseli mal taksim edilir ve teslim edilebilirse, hibe caiz olur. Bu da hibenin sıhhatinin şartıdır.

Eğer araba, hamam, küçük mesken ve mücevherat türünden paylaştınlma ihtimali olmayan çok hisseli (muşâ') olursa, o vakit, hibe caiz olur. Böyle bir hibenin caiz oluşu zaruret dolayısıyladır. Çünkü bu gibi şeylerin kısmen hibe edilmesine ihtiyaç duyulabilir. O takdirde kabz yerine gerekli tahliye şekli ile yetinilir [3]. Birinci duruma dair delilleri şudur: Biraz sonra da açıklayacağımız gibi, kabz hibede de rehinde olduğu gibi bir şarttır. Şuyû /başkasının hissesinin bulunması) ise kabzı engeller. Çünkü tek başına şâyi hisseli olan yanda tasarruf düşünülemez. Çünkü şâyi hisseli bir evin yarısında sakin olmak imkânsızdır. Bütününü tasarrufu altında bulundurmadığı sürece böyle bir evde tasarruf etmek imkânına sahip olamaz. Akit ise, evin tümünü kapsamamaktadır. Dolayısıyla hibe edilenin paylaştırılamaması, hem kabzın sıhhatini, hem de onun tamamında tasarrufu engellemektedir. [4]

Malikî, Şafiî ve Hanbelîler ise şöyle demektedir: Müşanın hibe edilmesi, alışverişte olduğu gibi caizdir. Müşanın hibesinde kabz tıpkı müşa'ın satışındaki kab-

1- *el-Bedâyi,* a.y.

2- *el-Bedâyi,*a.y.

3- *el-Mebsût,* 12, 64, 74; *el-Bedâyi,* a.y.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 121 vd.; *İbni Âbidîn,* IV 534.

4- Paylaştırmayı kabul edenle etmeyenin ölçüsü şudur: Kısımlara ayırmanın zarar verip de maliyetinde noksanlığı gerektiren şey paylaştırmayı kabul etmeyen türdendir. Böyle bir noksanlığı gerektirmeyen ise paylaştırmayı kabul eder. *el-İnâye Tekmiletü Fethi'l-Kadîr ile* VII, 121; *İbni Âbidîn,* IV, 533.

zın sahih olması gibi sahih olur. Böyle bir şeyin kabzetme şekli şöyledir: Hibede bulunan kişi, hibe ettiği şeyin tümünü hibe ettiği kimseye teslim eder ve ondan hakkını alır. Ortağının ondaki payı ise onun elinde emanet gibi kabul edilir. (1) Sünnetten buna delil ise, Hevâzin kafilesi Resulullah (a.s.)'ın yanına gelerek kendilerinden aldığı ganimetleri iade etmesini isteyince, Resulüllah (a.s.)'ın onlara: *"Benim ve Abdülmuttalib oğullarının hissesine düşen sizindir."* (2) demesidir. İşte bu şayi hisseli olan bir malın hibe edilmesidir.

Aynı görüş ayrılığı zengin olan kimseye sadaka olarak verilen müşa (şayi hisseli) mal hakkında da söz konusudur. Çünkü zengine tasadduk bir hibedir. Meselâ, on dirhemi iki fakire sadaka olarak vermek caizdir. Çünkü sadaka, sadaka veren kişi tarafından Allah için verilir, fakir için değil. Dolayısıyla bu durumda şuyu gerçekleşmemektedir. Hanefîlerin: "Paylaştırılması muhtemel müşâ maldan hibe caiz değildir" şeklindeki kaidelerine göre aşağındaki hükümler söz konusu edilir.(3):

İki Kişiye Hibede Bulunmak:

Bir kimse bir evi veya bir ölçek buğdayı, bin dirhemi ya da buna benzer paylaştırılabilen şeyleri iki kişiye hibe etse, Ebu Hanîfe'ye göre bu hibe sahih olmaz, Ebu Yusuf ve Muhammede göre sahih olur. Bir kişinin iki adama bir ev hibe edip: "Bu evi ben size hibe ettim. Sana bunun yarısı, sana da öteki yarısı" demesi hâlinde de aynı görüş ayrılığı söz konusudur.

Bu konudaki görüş ayrılığının kaynağı şudur: Ebu Hanife kabz esnasındaki şüyûyu hibenin sıhhatine engel kabul eder. İki talebesi Ebu Yusuf ile Muhammed akit esnasında ve kabz esnasındaki şüyûyu hibenin sahih olmasına engel olarak kabul etmektedirler. Buna göre iki kişinin bir kişiye hibede bulunması ittifakla caizdir. Çünkü Ebu Hanife'nin görüşüne göre kabz esnasında süyûnun varlığı söz konusu değildir. İki talebesinin görüşüne göre ise her iki hâlde de şüyû yoktur. Çünkü akit esnasında şüyû bulunmakla birlikte kabz esnasında şüyû bulunmamaktadır.

Ebu Hanife'ye göre ise bir kişinin iki kişiye hibede bulunması caiz değildir; çünkü kabz esnasında şüyû vardır. İki talebesine göre ise caizdir. Çünkü şüyû aynı anda akit ve kabz esnasında birlikte bulunmamaktadır.

Evini hibe ederken: "Sana bu evin yarısını, buna da diğer yarısını hibe ettim" diyecek olursa bu hibe ittifakla caiz değildir. Çünkü bizzat akit esnasında şüyû söz konusu olmuştur. Bu ise caiz olmasını engeller. Önceki misaller farklıdır. Şöyle ki: "Size bu evi hibe ediyorum; buna yarısını buna da öbür yarısını" demiştir. Ebu Hanife'ye göre bu caiz değildir. Çünkü bu üzerinde şüyû olan bir mala nisbet edilen bir temliktir. İki talebesine göre ise caizdir; çünkü onun: "Buna yarısı buna da yarısı"

1- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 367 -Fas baskısı-; *Bidayetü'l-Müctehid,* II, 323; *Haşiyetü'l-Desukî,* IV 97; *el-Mühezzeb,* I, 446; *el-Muğnî,* V, 596.

2- Hevâzin kafilesi olayı için bk. *Neylü'l-Evtâr,* VIII, 3.

3- *el-Bedâyi,* VII, 121, 122.

demesinin aynı aktin bir çeşit açıklaması şeklinde olmasına imkân yoktur. Çünkü o, bu evin temlikini ikisine birlikte vermiştir. O sadece akit ile sabit olan hükmü, yani aktin etkisini bir açıklamadır. Dolayısıyla bu, bizzat aktin kendisinde bir şüyûyu gerektirmemektedir.

Eğer "Ben ikinize bu evi hibe ediyorum, birinize üçte biri, birinize de üçte ikisi" diyecek olsa Ebu Yusuf ile Ebu Hanife'ye göre caiz olmaz; Muhammed'e göre caiz olur. Ebu Hanife'ye göre caiz olmamasının sebebi, az önceki misalde yapılan açıklamadır. Muhammed'e göre ise yine az önceki misalde olduğu şekildedir: Akit iki kişi için caiz olduğu takdirde -alışverişte olduğu gibi- paylar arasında eşitliğin veya fazlalığın olması mühim değildir. İmam Ebu Yusuf ise, paylardaki farklılık hâlinde bu konuda benimsediği kaideye muhalefet etmiştir. Çünkü ona göre mutlak akit, paylar arasında fazlalık ihtimalini kabul etmez. Dolayısıyla paylardan birisini üstün tutmak her birisi için ayrı bir akit yapmak manasına gelir. Bu ise şayi olan bir malın hibesi demektir. Buna göre böyle bir kimsenin: "Buna üçte biri, buna da üçte ikisi" şeklindeki sözünün eşitlik hâlindekinden farklı olarak akit ile sabit olmuş hükmü açıklayıcı olmasına imkân kalmaz.

Özet olarak, kabzetme esnasında şüyû, hibenin sıhhatini engeller. Akit hâlinde şüyû ise hibenin sıhhatine mani değildir. Aynı şekilde sonradan ortaya çıkan şuyû da hibeyi bozmaz. Hibe eden kişinin hibe ettiğinin yarısını şayi olarak geri almak istemesi hâlinde olduğu gibi.

6- Hibe edilenin başkasından ayrı olması, ona bitişik olmaması ve başka bir şeyle meşgul bulunmaması:

Çünkü kabzetmenin anlamı kabzedilende tasarrufta bulunma imkânına sahip olmaktır. Bu ise hibe edilen şeyin başkası tarafından meşgul edilmesi ile birlikte gerçekleşemez. [1] Bu, hibenin sahih olması için bir şarttır. Buna göre ekin bulunan bir araziyi, ekin hariç olmak üzere bir kişiye hibe etse yahut da yer müstesna ekini hibe etse yahut da meyvesi bulunan bir hurma ağacını meyvesini istisna ederek hibe etse yahut da ağaç müstesna meyvesini hibe etse caiz değildir. Şayet kendisine hibe edilen kişi bunları bir arada kabzedecek olursa hibe fasit olur. Meyveyi toplasa, ekini biçse ve bundan sonra boş olarak hibe edilene teslim etse caiz olur. Çünkü aktin hükmü olan mülkiyetin sübutunu engelleyen mani ortadan kalkmış olur.

Aynı şekilde hibe edene ait eşyanın bulunduğu bir evi veya bir kabı, eşya müstesna hibe etse yahut da sırtında yük bulunan bir bineği yükü müstesna hibe etse, kendisine hibe edilen de bunu kabzetse bu hibe caiz olmaz ve hibe eden kimsenin bunlar üzerindeki mülkü ortadan kalkıp kendisine hibe edilene geçmez. Çünkü hibe edilen şey başkasının hakkı ile meşguldür. Dolayısıyla bu müşanın hibe edilmesi

1- *el-Mebsût,* XII, 73; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 124, 127; *el-Bedâyi,* VII, 125; *İbni Âbidîn,* IV 533 vd.; *Mecmau'd-Damânât,* 336.

durumunda olur; o vakit hibe de fasittir. Şayet hibe edilen edilmeyenden ayrılıp yalnızca hibe edileni teslim ederse hibe caiz olur.

Özet olarak, başkasının hakkıyla meşgul olan şeyin hibe edilmesi işgal eden istemiyorsa sahih olmaz. Ayrılması mümkün olmakla beraber yaratılışta başka bir şeye bitişik olan malın hibesi caiz olmaz. (1)

Karındakinin İstisna Edilmesi Meselesi:

Az önce kaydedilen şarttan kıyas gereğince bir takım fer'î meseleler ortaya çıkmaktadır: Bir kimse bir bineği karnındakini istisna ederek hibe edecek olsa caiz olmaz. Çünkü bu, başkası ile meşgul olan bir şeyin hibesidir.

İstihsan delilinc göre ise böyle bir hibe, hem anne, hem de karnındaki yavrusu hakkında caizdir, istisna ise batıldır. Bu meselede akitler genel olarak üç türlüdür(2):

a) Bir kısmında akit fasit olur, yani tasarrufun aslı bunda caiz olmaz. Bunlar, -alışveriş, icare ve rehindir. (3) Şayet bu akitlerden her hangi birisini, karnındaki yavruyu istisna ederek, annesi üzerine yapacak olursa bu akit fasittir, istisna da batıldır. Çünkü karnındaki yavru anneye tabidir. Onun istisna edilmesi aktin gerektirdiği şeyin bir kısmını dışarıya çıkarmaktır. Çünkü akit, hem anne, hem de yavrusu hakkında sabit olmuştur. Bu istisna ile akit fasit olur. Kabul edilmiş kaide ise "Malî muâvaza akitlerinde fasit şart akdi de ifsat eder. (bozar).", şeklindedir. (4)

b) Bir kısmında da akit sahih, şart veya istisna da batıl olur. Bu da nikâh, hul', kasten öldürmenin diyeti üzerine sulh ve hibe akitleridir. Çünkü akdin gereği, hükmün bunların hepsinde sabit olmasıdır. Bu ise akdin gereğinden (muceb) bir kısmını istisna etmiştir ki, o vakit bu, fasit bir şart olur. Bu konudaki kaide ise şöyledir: Fasit şart, teberru, rehin ve evlilik gibi akitleri iptal etmez; aksine akit sahih, şart ise anlamsız ve batıldır. Buna göre hibe fasit şartlarla batıl olmaz.

Hibe konusunda bu husustaki asıl delil Peygamber (a.s.)'in umrayı caiz kabul etmesi ve umrayı veren kimsenin ileri sürdüğü şartı da iptal etmesidir. (5) Hibe ise

---

1- *el-Feraidü'l-Bediyye fi'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye,* 234.

2- *el-Mebsût,* XII, 72; XIII, 19; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 139 vd.; *el-Bedâyi,* VI, 125; *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 113; *Mecmau'd-Damânât,* 337; *el-Ferâidü'l- Behiyye,* 206.

3- Fasit şart ile rehnin de alışveriş gibi batıl olacağı hususu, *el-Bedâyi*'de belirtilen açıklamalara göredir. Ancak esah olan *ez-Ziyâdât*'ta belirtildiği üzere, rehnin hibe gibi olduğudur. Fasit şartla o da batıl olmaz. Rehin sahih olur ve fasit şart batıl olur. Çünkü bu bir teberru aktidir. Karşılıklı bedel akti değildir.

4- *el-Emvâl ve Nazariyyetü'l-Akd,* 423.

5- a.g.e. Bu, daha önce kaynakları belirtilen Hz. Câbir'in hadisi gereğincedir. Bu hadisin, Ebu Dâvud, Nesei ve *sahih* olduğunu belirten Tirmizî'deki rivâyetlerinden birisinde şöyle denilmektedir: *"Herhangi bir kişi birisine hem kendisine hem de soyundan gelenlere umra yaparak "Bunu sana ve senin soyundan geleceklere sizden bir kişi kaldığı sürece ona veriyorum" dese bu umra kendisine verilen kişinin olur. O, hakkında mirasın cereyan ettiği bir bağışta bulunduğundan, umra ilk sahibine geri dönmez."* Nesei bu manada Abdullah b. ez-Zübeyr'den rivayet etmektedir.

alışverişten farklıdır. Çünkü Peygamber (a.s.) alışveriş ile birlikte (fasit) şartın koşulmasını nehyetmiştir. [1]

c) Bir kısım akitlerde ise hem akit, hem de istisna caiz olur. Bu da vasiyette söz konusudur. Meselâ, karnındaki yavrusu müstesna bir atı vasiyet etmesi hâlinde at hakkında vasiyet sahihtir. Atın doğuracağı yavru ise vasiyette bulunanın mirasçılarına ait olur. Çünkü hayvanın karnındaki yavru vasiyet bakımından başlı başına bir asıl teşkil eder. Bu bakımdan onun başlı başına vasiyet edilmesi de caizdir. O hâlde istisna edilmesi de caiz olur. O bakımdan vasiyet akti ve vasiyette bulunmak, tabiatı itibarıyla gelecek bir zamana izafe edilir. Vasiyet edilen şeyin üzerinde mülkiyet, ancak vasiyet edenin vefatından sonra sabit olabilir.

7- Hibe edilenin kabz edilmesi.

Şartların en önemlisi budur. Hibenin lüzumu ve tamamlanmasının şartı olup sıhhati için şart değildir. Bazı Hanefî âlimlerine ve Hanbelîlerden İbni Akîl'e göre - daha önceden de açıkladığımız üzere- bir rükündür. Buraya kadar bu şartın ertelenmesinin sebebi buna bağlı olan hususların çokluğudur. Hibede kabz, hibe edilenin kabzedilmiş olması demektir. Hibe edilen kişinin mülkü, kabzdan önce sabit olmaz. Hatta kabz olmaksızın hibe gerçekleşmez; yani hibe kabz ile ortaya çıkar. Hanefîlere göre kabz hibenin etkilerini ortaya çıkartır. Şimdi burada asıl olarak kabzın fakihlere göre şart olup olmadığına dair açıklamalardan söz etmek istiyoruz.

Kabz şartının türü:

Hanefîlerle Şafiîlere göre [2]: Kabz, hibenin lüzumu için şarttır. O kadar ki, kendisine hibe edilenin hibeye sahip olması kabzdan önce sabit olmaz. Bunun delili Hz. Aişe'nin şu rivayetidir: *"Babası yirmi vesk [3]'i bulacak kadar bir hurma ağacı meyvesini, kendi malından ona bağışlamıştı. Vefatı yaklaşınca şöyle dedi: "Yavrucuğum kendimden sonra geriye bırakacağım insanlar arasında en çok sevdiğim kişi sensin. Vefatımdan sonra fakir kalmasını en çok arzulamadığım kişi sensin. Ben sana kendi malından yirmi vesk bağışlamış idim. Şayet sen bunu toplamış ve eline geçirmiş olsaydın, senin olurdu. Bu günden sonra artık o mirasçıların malıdır. Bunlar ise senin iki erkek kardeşin ile iki kız kardeşindir. Allah'ın Kitabı gereğince onu kendi aranızda paylaştırınız." Hz. Aişe: "İki tane erkek kardeşim var, ya iki kız kardeşim kimlerdir? Benim bildiğim kızkardeşim sadece Esmâ'dır, ötekisi kim oluyor"* diye sordu. *Şöyle dedi: "Hârice'nin kızı (kendi hanımını kastediyor)nın karnındakidir. Ben onun kız olduğunu tahmin ediyorum."* [4]

1- Taberânî, *Mu'cemü'l-Vasît*'inde Amr b. Şuayb'dan, o babasından, o dedesinden o da Peygamber (a.s.)'den rivayetine göre; alışveriş ve onunla birlikte bir şartı, Hz. Peygamber nehyetmiştir. Alışveriş de batıldır, şart da batıldır. *Nasbu'r-Râye*, IV, 17.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr* ve *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 533; V, 341; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 400.

3- 20 vesk ağırlığında hurma verdi, demektir. Yani ağaçtan alınacak hurma mahsulünün miktarı o kadar olacaktır. Vesk ise, altmış sa' veya bir deve yükü demektir.

4- Bu rivayetin tamamı şöyledir: Hanımı Abdurrahmân ve Muhammed'in kardeşi olan bir kız doğur-

İşte bu, hibenin lüzumu için kabzın şart olduğuna dair açık bir nastır ve hibenin ancak kabz ile mülk edinileceğini göstermektedir. Çünkü şöyle demektedir: "Şayet sen onu ele geçirmiş olsaydın, o senin olurdu." Diğer taraftan Ömer (r.a.) şöyle buyurmuştur: *"Ne oluyor ki, bazı kimseler çocuklarına bir takım bağışlarda bulunuyor, ondan sonra da o bağışları ellerinde tutmaya devam ediyorlar. Bunlardan her hangi birisinin çocuğu ölecek olursa, malım benim elinde bulunuyor ben onu kimseye vermem, der. Kendisi ölecek olursa, bu sefer o mal benim çocuğumundur, ben daha önce o malı ona vermiş idim, der. Şunu bilin ki, her kim bir bağışta bulunur, ancak bağışladığı kimseye teslim etmez, elinde tutmaya devam eder ve o mal mirasçılarının olsun diye ölünceye kadar elinde kalırsa, böyle bir bağış batıldır."*(1)

Hz. Osman ile Hz. Ali'nin görüşleri de böyledir. (2) Genel olarak hulefa-yı raşidîn de başkaları da hibenin ancak kendisine hibe edilen tarafından kabzedilmiş ve ele geçirilmiş olması hâlinde caiz olacağı üzerinde ittifak etmişlerdir. (3)

Hanbelîlere göre: İmam Ahmed'den gelen iki rivayetten daha tercihe şayan olanına göre Hanbelîler şöyle demektedir: Ölçülen veya tartılan şeylerin hibesinin sahih olması için kabz şarttır. Çünkü ashap bunun üzerinde icma etmişlerdir. Göründüğü kadarıyla kabzın sıhhatinin şart olması, lüzumunun şartıdır. Bunun delili ise İbni Kudame'nin şu sözleridir: Ölçülen ve tartılan şeylerde sadaka ve hibe, ancak kabz ile lâzım (bağlayıcı) olur. Fakihlerin çoğunluğunun görüşü de budur.

Ölçülen veya tartılanların dışındaki şeylerde ise hibe, mücerret akit ile lâzım olur ve kabzedilmesinden önce hibe edilen şeyin mülkiyeti de gerçekleşir. Çünkü Ali ve İbni Mes'ud'dan rivayet edildiğine göre onlar şöyle demişlerdir: Hibe belli ise, kabzedilsin veya edilmesin caizdir. (4)

---

du. Hârice b. Zeyd'in kızı ise Habîbe olup Hz. Ebu Bekr'in hanımıdır. Hz. Ebubekir vefatı sırasında hamile idi. Doğurduğu kızının adı da Ümmü Gülsüm'dür. Bu rivayeti İmam Malik Hz. Aişe'den *Muvattâ*'da kaydetmiştir. Muhammed b. el-Hasan, Abdurrezzak ve Beyhakî de ondan rivayet etmişlerdir. *Câmiu'l-Usûl,* XII, 269; *Tenvîru'l-Havâlik Şerhu Muvattai Mâlik,* II, 223; *Nasbu'r-Râye,* IV, 122; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 260; *Neylü'l-Evtâr,* V, 349.

1- *Tenviru'l-Havâlik,* a.y. *Nihle* karşılıksız olarak bağış veya hibe demektir.

2- Fakire verilen sadaka, aradaki teberru ortak özelliği dolayısıyla hibe gibidir. Ancak kabz ile sahih olur. Çünkü bu sadaka da hibe gibi bir teberrudur. Paylaştırılması muhtemel müşa (başkasının hissesi bulunan mal)da caiz değildir. Çünkü hibe gibidir. Ancak iki fakire paylaştırılabilir bir şeyi tasadduk ederse caizdir. Çünkü sadakada gözetilen maksat, yüce Allah'ın rızasıdır ve o da bir ve tektir. Fakir de bu konuda niyabeten kabzeder. Sadakada rücu, kabzdan sonra zengine dahi yapılmış olsa istihsanen sahih değildir. Çünkü maksat sevap elde etmektir ve bu da husule gelmiştir.

3- Bu, sahabeden gelen rivayettir. Zeylaî bunun hadis olduğunu söyleyen kimselere; "gariptir" diyerek reddetmiştir. Abdürrezzâk, Nehâî'nin sözü olarak rivayet etmiş ve: "Hibe kabzedilmedikçe caiz olmaz, sadaka ise kabzedilmeden önce caiz olur." demiştir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 121. Ayrıca bk. *el-Mebsût,* XII, 57; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 113; *el-Bedâyi,* VI, 123; *el-Mühezzeb,* I, 447; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 400.

4- *el-Muğnî,* V, 591 vd.

Malikîlere göre: Hibenin sıhhati için de lüzumu için de kabz şart değildir. O, hibenin tamamlanması için, yani ondan sağlanacak faydanın kemali için bir şarttır. Şu anlamda ki; hibe edilen şey mücerret akit ile, yani hibe sözü ile mülk edinilir. Malikîlerdeki meşhur görüşe göre böyledir. Kabzetmek veya ele geçirmek ise hibenin tamamlanması için olur. Hibede bulunan kişi kendisine hibe ettiği kimseye hibe ettiği şeyi kullanma imkânını vermesi için mecbur edilir. Onların delili ise hibeyi alışverişe ve diğer malik kılma (temlik) işlemlerine benzetmektir. Çünkü ashap şöyle demiştir: Hibe bilinen ve belli olduğu takdirde caizdir; kabzedilsin veya edilmesin [1].

Özet olarak, Malikîlerin dışındaki mezhepler, hibe edilen şeyin akit ile değil de kabz ile mülk edinilmiş olacağı görüşündedirler. [2] Malikîlere göre ise akit ile mülk edinilmiş olur.

8- Ulemanın cumhuruna göre kabzın sahih olabilmesi için hibe edenin izni şarttır.

İzin olmaksızın kabzedecek olursa ona malik olmaz, ancak onun teminatı (damânı) altında kalır. Çünkü teslim hibe edenin üzerinde bir hak değildir. Dolayısıyla onun izni olmaksızın teslim sahih olmaz. Ayrıca alışverişte kabzın sahih olabilmesi için kabzetmeye izin vermek de şarttır. Hibede ise bu öncelikle söz konusudur. Çünkü kabz alışverişin aksine hibenin sıhhatinin şartıdır. [3] Ancak Hanefîler şöyle demektedir: Kıyasa göre vâhib'in, hibe edenin izni olmadıkça hibenin kabzedilmesi caiz değildir. Kabzın akit meclisinde gerçekleşmesiyle buradan ayrıldıktan sonra gerçekleşmesi arasında bu bakımdan her hangi bir fark yoktur. İstihsana göre ise kendisine hibe edilen kişinin hibe edilen nesneyi hibe edenin emri olmaksızın akit meclisinde kabzetmesi caizdir. Meclisten ayrıldıktan sonra kabzedecek olursa, kabz için hibe eden izin vermediği sürece, caiz olmaz.

Kıyasa göre verilen hükmün izahı şöyledir: Kabz, hibe edenin mülkünde bir tasarruftur. Çünkü onun mülkiyeti kabzdan önce bakidir. Dolayısıyla izni olmaksızın hibe sahih olmaz.

İstihsana göre verilen hükmün izahı da şöyledir: Hibede kabzetmek, kabul seviyesindedir. Çünkü mülkiyetin gerçekleşmesi kabza bağlıdır. Hibeden maksat ise mülkiyetin ispat edilmesidir. Dolayısıyla hibe edenin icabı yani hibe akdini ya-

---

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 324; *Hâşiyetü'd-Desûkî,* IV, 101.

2- Çünkü Hâkim'in *Sahîh*'inde Peygamber (a.s.)'in Necaşî'ye otuz okka misk hediye ettiği, sonra da Ümmü Seleme'ye şöyle dediği rivayet edilmektedir: "*Bana öyle geliyor ki, Necâşî ölmüştür. Yine bana öyle geliyor ki, ona gönderdiğiniz hediye geri dönecektir, bu hediye bana geri dönerse o senindir.*" Gerçekten de böyle oldu. Çünkü hibe bir faydalandırma akti ve borç gibi bir teberrudur. O bakımdan ancak kabz ile mülk edinilir.

3- *el-Bedâyi,* VI, 123; *el-Hidâye, Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 115 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 400; *el-Muğnî,* V, 592.

pmayı başlatmış olması, kendisine hibe edilen kimseye kabz için imkân ve fırsat vermek demektir. Dolayısıyla bu delâletten bir izin olur. Meclis kaydının sebebi ise hibeyi kabule ilave olarak onda tasarrufun orada sabit olmasıdır. Kabul ise ancak meclis ile kayıtlı olduğundan o meclisle kabule ilhâk edilenin hükmü de böyledir.

Malikîlere göre: Hibe edenin izni olmasa dahi kabz sahihtir. Hibe eden kişi kendisine hibe ettiği kişiye istediği takdirde hibe edilen şey üzerinde tasarruf imkânını vermeye mecbur edilir. Çünkü hibe icap ile değil, (hibe edenin) sözü ile mülkiyet altına alınır. Bu onlardaki meşhur olan görüşe göre böyledir. [1]

Hanefîlerin kabul ettikleri görüşe göre; şayet bir kişi birisine bir elbise yahut da her hangi bir *ayn*'ı başlı başına ve (paylaştırılan şeylerdense) paylaştırılmış olarak verecek olsa ve onu kabzetmek için izin verilmeden kendisine hibe edilen kişi o hibeyi kabzetse bakılır: Eğer bu kabz hibe edenin hazır bulunmadığı bir mecliste gerçekleşmişse istihsanen caizdir; kıyasa göre de meclisten ayrıldıktan sonra kabzetmesi caiz olmaz. Bu, Züfer'in görüşüdür. Çünkü ona göre kabz hükmün sâbit olması konusunda kabul ayarındadır. Dolayısıyla meclisten ayrıldıktan sonra kabz caiz olmaz. Tıpkı ayrılıktan sonra kabulün de caiz olmadığı gibi.

İstihsana göre caiz olur, hükmünün izahı şöyledir: Kabz için verilen izin delâlet yoluyla var olmuştur. Hibe edenen bu konudaki icabı kabza iznine delâlet etmektedir.

Borcun Borçludan Başkasına Hibe Edilmesi Durumu:

Bu konuda mutlaka kabza açıkça izin verilmelidir; delâletten izin yeterli değildir. *Bir* ayn'ın hibe edilmesi ile borcun hibe edilmesi arasındaki fark şudur: Ayn'ın hibe edilmesinde icapta bulunmak delâletten kabza izin verildiğini de göstermektedir. Çünkü bundan maksadı kendisinin mülkü olan bir şeyi kendisine hibe ettiği kişinin mülkiyetine vermektir. Borcun hibe edilmesi halinde ise icap böyle bir şeye delâlet etmemektedir. Çünkü bu delâlet, temlik etmek kastına bağlıdır. Borçludan başkasına (alacaklı tarafından) temlik edilmesi ise, kabza izin verdiğine dair açıklama olmadıkça gerçekleşmez. Çünkü bu açıklama ile onun kabzetmesi, hibe edenin kabzetmesi yerine geçer ve kabzedilen de öncelikle onun mülkü olur, ondan sonra kendisine hibe edilenin mülkü de hibe edenden kendi adına kabzetmesi suretiyle olur. Böylece hibe eden kişi, kendisinin mülkünü hibe etmiş olur, kendisine hibe edilen de hibe edenin mülkünü kabzetmiş olur.

Borcun borçludan başkasına hibe edilmesinin caiz olarak kabul edilmesi istihsanen sabit olmuştur. Bunun şekli ise şöyledir: Bir kişiden bir dinar alacağı olan kimse onu bir başka kişiye hibe eder ve bu dinarı kabzetmesini emreder. Kendisine hibe edilen de fiilen bunu kabzederse bu, istihsanen caizdir. Çünkü bunu kabzetme

1- *Hâşiyetü'd-Desûkî*, IV, 101.

konusunda vekil tayin edilmiştir. Dolayısıyla kendisine hibe edilenin kabzetmesi, hibe edenin kabzı gibi kabul edilir. İmam Züfer ise kıyasa göre bunu caiz kabul etmemiştir. Çünkü borç, Ebu Hanife'ye göre mal değildir. O kadar ki, her hangi bir kimse bir başkasından alacağı olmakla birlikte, her hangi bir malının olmadığına dair yemin ederse bu yemininde hanis olmaz. Hibe ise malın temlik edilmesi için meşru bir akittir. Dolayısıyla mal olmayan bir şeye hibe izafe edilmesi uygun düşmez [1].

Kabzın İki Çeşidi:

Hanefîlere göre hibenin kabzı iki türlüdür: Asaleten kabzetmek ve niyabeten (vekâleten) kabzetmek. [2]

Asaleten kabzetmek: Kişinin bizzat kendisi adına kabzetmesidir. Bunun caiz olmasının şartı ise sadece akıldır. Mümeyyiz olmayan çocuğun ve delinin kabzı caiz değildir. Bülûğ ise istihsana göre kabzın sıhhati için şart değildir. Buna göre aklı eren (yani mümeyyiz olan) küçüğün kendisine hibe edilen şeyi kabzetmesi caizdir.

Aynı zamanda Hanefîlerin dışında kalanların da görüşü olan kıyasa göre ise bülûğ şarttır. Çünkü kabz bir çeşit velâyettir. Küçüğün ise kendi üzerinde velâyeti yoktur. Dolayısıyla alışverişte kabzı caiz olmadığı gibi, hibede de caiz olmaz.

İstihsana göre küçüğün caiz kabul edilen kabzının izahı şöyledir: Hibenin kabzedilmesi mutlak menfaati bulunan tasarruflar türündendir. Dolayısıyla aklı eren küçük de bunu yapabilir.

Niyabeten (vekâleten) kabzetmek: Bu da iki çeşittir: Birisi kabzedenle diğeri de kabzın kendisi ile alâkalıdır.

Birincisi, küçük adına kabz etmektir. Bunun caiz olmasının şartı velâyetin varlığı yahut da küçüğün kabzedenin himayesinde yahut da bakımı altında, yani veli olmaması hâlinde onun eğitim, terbiye ve gözetimi altında bulunmasıdır.

Yabancı bir kimse küçüğe her hangi bir şeyi hibe edecek olursa Hanefîlere göre onun velisi olan kişi, şu sıralamaya göre kabzda bulunur: Önce baba, sonra vasi, sonra dede, sonra dedenin vasisi. Bunlardan her hangi birisi kendisinden tamamen haber kesilmiş bir şekilde gâib ise, velâyet -nikâh velâyetinde olduğu üzre- daha uzak olana intikal eder. Hazır bulunmayanın gelişine kadar kabzın geciktirilmesi, küçüğün elde edebileceği bir menfaati ortadan kaldırabilir. Bu bakımdan bu durumda velâyet gaib olan kimseden sonrakine intikal eder.

Buna göre bu velilerden her hangi bir kişi küçüğe bir şey hibe edecek olursa ve

---

1- *el-Mebsût,* XII, 70; *el-Bedâyi,* V, 119, 124; *İbni Âbidîn,* IV, 544.
2- Geniş bilgi için bk. *el-Bedâyi,* V, 126 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 125 vd.; *İbni Âbidîn,* IV 535; *el-Kitab ma'al-Lübâb* II, 173.

bu mal onların ellerinde bulunmakta ise hibe sahih olur ve küçüğün adına bunlar kabzetmiş olurlar. Aynı şekilde baba kendisine ait olan malı küçük çocuğuna satıp satışın akabinde de satılan telef olursa bu telef küçüğün aleyhine olmuş olur. Çünkü babasının kabzetmesi ile o da kabzetmiş demektir.

Aklı eren küçüğün anılan velilerinden birisi kabzedecek olursa onun bu kabzı istihsana göre caizdir. Kıyasa göre ise -asaleten kabzda açıkladığımız üzere- caiz olmaz.

Onlardan her hangi birisinin varlığı hâlinde sözü geçen dört velinin dışında kalanların kabzetmesi caiz olmaz. Kabzeden bu kişinin yabancı olmasıyla kardeş, amca, anne gibi kendisine mahrem olan bir akraba olması arasında fark yoktur. Çünkü bu tür kimselerin küçüğün malında tasarruf yetkileri yoktur.

Şayet sözü geçen dört veliden her hangi birisi bulunmuyorsa istihsana göre küçüğün himayesinde ve bakımında olduğu kimsenin küçük adına kabzetmesi caiz olur. Kıyasa göre ise velâyet olmadığından bu caiz olmaz. İstihsanen bunun caiz olmasının sebebi küçüğün o kişinin himayesinde olması ve onun üzerinde bir çeşit velâyetinin bulunmasıdır. Çünkü o kişi küçüğün terbiyesi ve onun menfaatine olan şeyleri yapmakla meşgul olmaktadır. Hibenin kabzedilmesi ise küçük için mutlak bir menfaattir. Dolayısıyla bu, küçüğü koruma türünden bir uygulama olur.

Niyabeten kabzın ikinci türü bizzat kabzın kendisi ile ilgilidir. Her hangi bir sebep ile fiilen var olan kabz, ister hibenin kabzı gibi olsun, ister ondan daha güçlü bir şekilde olsun hibenin kabzedilmesi yerine geçer. Açıklaması şöyledir:

a) Şayet mevhûb, (hibe edilen şey) kendisine hibe edilenin elinde bir emanet veya ariyet (ödünç) olarak bulunuyorsa bu hibe caizdir, istihsana göre akitten sonra kabzın yenilenmesine gerek yoktur. Kıyasa göre ise kabzı yenilemediği sürece kabzetmiş olmaz. Bu da akitten sonra kendisine hibe edilen kimseyi hibe edilen şeyi kabzetmekten engellememek ile mümkündür. Çünkü emanetçinin emanet üzerine el koyması (onun yanında bulunması) şeklîdir. Hakikaten ve manen bu tasarruf, emanet olarak bırakana aittir. Bu bakımdan mal da onun elinde demektir. Dolayısıyla kabzın yenilenmesine ihtiyaç vardır.

İstihsanın hükmünün izahı da şöyledir: Hibenin ve emanetin veya ariyetin kabzı, kuvvet itibarıyla birbirine benzemektedir. Çünkü onların her birisinin kabzı teminat (damân) altında olmayan bir emanet kabzıdır. Zira hibe bir teberru aktidir. Emanet ve ariyet de bu türden bir kabz ile kabzedilir. Dolayısıyla her iki kabz birbirine benzemektedir; bu bakımdan biri ötekinin yerine geçer.

b) Hibe edilen şey kendisine hibe edilenin elinde -gasbedilmiş mal yahut da satın almak maksadı ile kabz edilmiş [1] ya da fasit bir alışveriş sebebiyle kabzedil-

1- Bir kişinin bakmak veya satın almak üzere bir şeyi kabzetmesidir. Şayet satıcı kabzedilen şeyin kıymetini açıklayacak olursa kabzedilen şey, kabzedenin aleyhine olmak üzere tazminatı ödenmesi gereken bir mal olur. Sırf bakmak üzere kabzedilen böyle değildir. Çünkü o bir emanettir. Buna göre satın almak maksadı ile kabzedilen bir mal kıymetinin açıklanması hâlinde, kıymeti mukabilinde tazminat altındadır. Bakmak maksadıyla kabzedilen öyle değildir, o hiç bir şekilde tazminat

mesi halinde olduğu gibi - bizatihi teminat (damân-tazminat) altında bulunur ve bu malı ona hibe edecek olursa, bu hibe sahih olur ve (malı elinde bulunduran) kendisine hibe edilen o malın tazminatını ödemekten kurtulur. Çünkü tazmin edilmesi gereken kabz emanet yollu kabzdan daha güçlüdür. Dolayısıyla akit ile yani kabzetmesi ile hak kazanan ayrıca tazminat fazlalığı bulunduğu için onun yerini tutar.

c) Hibe edilen mal kendisine hibe edilenin elinde borç karşılığında rehin ve bedeli karşılığında satılan mal gibi başka bir sebep dolayısıyla tazminat altında bulunur ve ona malik olan kişi de bunu elinde bulunduran kişiye hibe edecek olursa, el-Kerhî'ye göre, kabzı yenilemediği sürece, bununla hibe edilen o malı kabzetmiş sayılmaz. Çünkü rehin veya satılanın kabzı her ne kadar tazminat altındaki bir kabz ise de bu, ibranın sahih olmadığı bir tazminattır. Dolayısıyla emanet kabzı olabilmesi için, hibe ederek ibra edilmiş olmasına ihtimal yoktur. Dolayısıyla her iki kabz birbirine denktir. Bu durumda yine tazminat altında kabz olmaya devam eder. Böylece iki kabz arasında farklılık olur. Bu bakımdan bunlardan birisinin ötekinin yerine geçmesi söz konusu değildir. Gasbedilmiş veya alışveriş maksadıyla kabzedilmiş malın durumu ise böyle değildir. Çünkü bu hâllerdeki tazminattan ibra sahih olur. Dolayısıyla hibe yoluyla bunlardan ibra olunur ve tazminat söz konusu olmaksızın bir kabz olarak kalır; bu durumda kabzlar birbirine benzediğinden biri ötekinin yerine geçebilir.

el-Cami'u's-Sağîr ve *el-Bedâyi*'deki ercah görüşe göre başkası sebebi ile tazminat altında bulunulan malı, kendisine hibe edilen kişi kabz etmiş sayılır. Çünkü tazminat altında bulunan malın kabzı, emanetin kabzından daha kuvvetlidir. Daha kuvvetli olan ise daha az kuvvetli olanın yerine geçebilir.

4. Hibenin Hükmü

Hibenin hükmü, hibe edilen şey üzerinde, kendisine hibe edilen kişinin ivazsız (bedelsiz) olarak mülkiyetinin sâbit olmasıdır.

Hanefîlere göre: Hibe edilen malın mülkiyeti hibe edilen kişi için sabit olur ve bu bağlayıcı değildir. Bu bakımdan hibeden dönmek ve feshetmek, sahihtir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmaktadır: *"Hibe eden kişi (hibesi karşılığında) kendisine bir bedel verilmediği sürece hibesi üzerinde daha çok hak sahibidir."* (1) Burada Hz. Peygamber hibe eden kimsenin, hibe karşılığındaki bedel kendisine

---

altında değildir. *Mecmau'd-Damânât, el-Bağdâdî,* 213, 217; *ed-Dürrü'l-Muhtâr* ve *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 52 vd.; *Tuhfe üzerine Şarkâvî Hâşiyesi,* II, 150; *Akdü'l-Bey',* 96.

1- Ebu Hureyre, İbni Abbâs ve İbni Ömer'den rivayet edilmiştir. Ebu Hureyre'nin rivayetini İbni Mâce ile Darekutnî nakletmiştir, ravileri arasında zayıf olan vardır. İbni Abbâs'ın hadisinin iki rivayet yolu vardır. Birisi Taberânî'nin *Mu'cem*'inde diğeri Darekutnî tarafından *Sünen*'inde rivayet edilmiştir. İbni Ömer'in hadisini Hakim rivâyet etmiş ve *sahih* olduğunu belirtmiştir. Hakim'den de Beyhakî rivayet edip şöyle demiştir: "Bu rivayetin sahih olanı, onun Hz. Ömer'in sözü olduğu şeklindedir." *Nasbu'r-Râye,* IV, 125; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 260 vd; *Sübülü's-Selâm,* III, 91.

ulaşmadığı sürece hibesi üzerinde daha çok hak sahibi olduğunu belirtmiştir. Bu ise bu konuda anlatılmak istenen şey hakkında bir nastır. Buna göre hibenin kabzı tamamlanmış olsa bile, hibe karşılığında bir bedel ödenmediği sürece, rücu (geri dönme) sahihtir. Diğer taraftan hibede rücuyu engelleyen daha sonra zikredeceğimiz bir takım engeller de vardır. Şu kadar var ki, hibeden rücu mekruhtur. Çünkü böyle bir şey aşağılık bir davranışdır. Diğer taraftan kendisine hibe edilen kişi de hibeyi geri vermekten imtina etmek hakkına sahiptir. Hibeden rücu ancak karşılıklı rıza veya hakimin hükmü ile sahih olabilir. Çünkü böyle bir rücu aktin tamamından sonra bir fesihtir. Bu ise kabz sonrası ayb (kusur) sebebiyle feshe benzemektedir[1]. Buna göre karşılıklı rıza ile hibede rücu, *ikale* türünden olur.

Malikîlere göre: Hibede mülkiyet, mücerret akitle sabit olur ve kabz ile de artık lâzım (bağlayıcı) olur. Kabzdan sonra hibeden dönmek sahih olmaz. Kabzdan önce veya sonra ise ancak babanın oğluna yapmış olduğu hibeden dönmesi sahih olur. Bu da meselâ evlenmek yahut da borçlanmak gibi başkasının hakkının hibe edilen şey üzerine terettüp etmemesi şartıyladır. Hibede rücu dönme, Malikîler arasında "hibede i'tisâr" diye bilinir.[2]

Hibede i'tisar veya rücu, babanın küçük olsun büyük olsun çocuğuna yaptığı hibelerde şu beş şart ile caizdir: Hibeden sonra çocuk evlenmemiş olacak, süresi belli bir borçla borçlanmamış olacak, hibe edilen kişinin durumunda herhangi bir değişiklik olmayacak, kendisine hibe edilen kişi hibe edilende her hangi bir değişiklik yapmamış olacak, hibe eden veya kendisine hibe edilen hastalanmamış olacak. Şayet bunlardan her hangi birisi olursa, hibeden rücuya imkân kalmaz. Bu, sevgi ve şefkat dolayısıyla yapılan hibe hakkında söz konusudur. Şanı yüce Allah'ın rızası için yapılan ve "sadaka" diye bilinen hibede ise kesinlikle rücu ve i'tisar söz konusu değildir. Hibe eden bir kimsenin yaptığı bu hibeyi (sadakayı) satın alma veya başka bir yolla geri alması yakışık almaz. Şayet bu bir ağaç ise meyvesinden yemez, bir binek ise ona binmez; miras yolu ile tekrar ona geri dönme hâli müstesna. Kendisine hibe edilen kişinin hibe edene bedel vermesi şartı ile yapılan ve "hibetü's-sevâb" diye bilinen hibe, Malikîlere göre caizdir. Kendisine hibe edilen kişi bunu kabul veya reddetmekte serbesttir. Kabul ettiği takdirde, hibe edilenin kıymeti kadar hibe edene karşılık vermesi vacip olur. Ondan fazla bir şey vermek zorunda değildir, hibe eden de ondan daha aşağıda olanı kabule zorlanamaz.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: Hibe eden kimsenin hibesinden rücu-u helâl değildir. Babanın çocuğuna hibesi bundan müstesnadır. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Hibesinden geri dönen kişi kusmuğunu yutan kimse gibidir."; "Kötü örnek bizim için söz konusu olmaz. Hibesinden geri dönen kustuğunu yiyen*

1- el-Bedâyi, VI, 127; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 129; *Mecmau'd-Damânât,* 338.

2- *Haşiyetü'd-Desûkî,* IV, 110; Bidâyetü'l-Müctehid, II, 324, 327; *el-Muhtekâ,* VI, 112-116; *el Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 367 -Fas baskısı-.

köpeğe benzer." [1] Yine Hz. Peygamber (a.s.) buyurdu ki: *"Babanın çocuğuna verdiği şeylerde müstesna, verdiği her hangi bir şeyi tekrar geri almak hakkı, hiç kimse için söz konusu değildir."* [2] Şafiîlere göre diğer usûl (baba, babanın babası vs.) de baba gibidirler [3].

5. Hibede Rücunun Engelleri:

Hanefîlere göre:

Yedi tane olan bu engelleri Hanefî âlimlerinden birisi nazım halinde şöylece dile getirmiştir:

"Hibede rücûya engeldir,

Ey arkadaşım, *demea hazekuhû* harfleri.

Burada yer alan "dâl" harfi hibe edilen *ayn*'ın kendisine bitişik olan fazlalığa ziyâdeye, "mim" ölüme, "ayn" ivaza, "hâ" hibe edilen şeyin kendisine hibe edilenin mülkiyetinden çıkmasına, "ze" evliliğe, "kaf" akrabalığa, "he" harfi ise helâke delâlet etmektedir.

Şimdi bunları açıklayalım:

1- Malî bedel:

Kendisine hibe edilen kişi hibesi dolayısıyla hibe edene bir bedel (ivaz, karşılık) verecek olsa, hibe eden de bunu kabzetse, artık hibe edenin hibesinden rücu etmesine (geri almak istemesine, vazgeçmesine) imkân kalmaz. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Hibesi dolayısıyla karşılık almadığı sürece hibe eden kişi hibesinden dönmeye daha çok hak sahibidir."* Bu ise *hibetü's-sevâb* diye bilinir. Çünkü ivazın verilmesi, hibe edenin maksadının bedeli elde etmek olduğunun delilidir. Bu ona verilecek olursa hibeden dönmeye imkân kalmaz. Ancak hibe karşılığında bedel veren kimsenin bu bedele izin verdiğini ifade eden her hangi bir lafız söylemesi şarttır. Bir şey söylemeyip susarsa o zaman verdiklerini geri alması (rü-

---

1- Abdullah b. Amr b. Âs'tan gelen rivayetin kaynakları daha önceden belirtilmişti. Birincisini Neseî, ikincisini Ebu Dâvud rivayet etmiştir. *Sübülü's-Selâm,* III, 90.

2- Dört *Sünen* sahibinin İbni Ömer ile İbni Abbâs'tan, onların da Peygamber (a.s.)'den rivayetlerine göre, Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: *"Bir kimsenin bir bağış veya hibede bulunup ondan sonra da vazgeçmesi helâl değildir; babanın, çocuğuna verdiği şeyler müstesna. Yaptığı bağış veya hibesinden vazgeçen kimse doyup da kusan ondan sonra da kustuğunu yiyen köpek gibidir."* Tirmizî bu hadis için *"Hasen-sahih bir hadistir"* demiştir. Ayrıca İbni Hibbân ve Hâkim de İbni Abbâs'dan rivayet edip, *sahih* olduğunu belirtmişlerdir. Ahmed, Taberânî, Darekutnî ve Abdurrezzâk, Tâvûs'tan, o da Peygamber (a.s.)'den *mürsel* olarak rivâyet etmişlerdir. Neseî ve İbni Mâce'de Şuayb'dan, babasından, ve dedesinden gelen bir başka rivayet daha vardır ki, bunun da lafzı şöyledir: "Babanın çocuğuna hibesi müstesna hibeden dönülmez." *Câmiu'l-Usûl,* XII, 266; *Nasbu'r-Râye,* IV, 124; *Sübülü's-Selâm,* III, 90; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 260.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 401; *el-Muhezzeb,* I, 447; *el-Muğnî,* V, 261.

cu) caiz olur.

Bedel de iki türdür: Akitte şart koşulmuş bedel ve akitten sonraki bedel.[1]

a) Akitte şart koşulmuş bedel (veya bedel şartı ile hibe ya da hibetü's-sevâb):

Hibe eden kişi: "Bu elbiseyi bana bedel (ivaz) olarak vermen şartı ile sana şu kalemi hibe ediyorum" dese, dört mezhebin imamı bu şartın da, bu şartı ihtiva eden aktin de sahih olduğu üzerinde ittifak etmişler; ancak sözü geçen aktin keyfiyeti konusunda farklı görüşler ortaya atmışlardır.

Züfer'in dışında Hanefî imamlarına göre, böyle bir akit başlangıçta hibe, nihayette de bir alışveriş kabul edilir. Buna göre kabz öncesi ona hibe hükümleri tatbik edilir. Dolayısıyla müşaın hibe edilmesi caiz değildir ve kabz şarttır. Her iki bedelde (hibe ve ivazında) de rücu taraflar kabzetmedikçe caizdir. Taraflar kabzettikten sonra ise artık bu akit alışveriş demektir. Dolayısıyla ayb (kusur) ve malı görmemiş olmak gibi sebepler dolayısıyla bedeller geri verilebilir. Hak edilenden rücu edilir; akarda ise şuf'a vacip olur.

Züfer'e göre böyle bir akit başta da sonda da bir alışveriş aktidir. Bunda alışveriş hükümleri sabittir, şüyû' dolayısıyla fasit olmaz. Kabz şartı olmaksızın bizatihi akit, mülkiyeti ifade eder. Çünkü bu akitte alışveriş manası bulunmaktadır. Çünkü alışveriş bir bedel karşılığında bir *ayn*'ı temlik etmek (mülk olarak vermek) demektir.

Hanefîlerin cumhuru, bu akti, belirtilen şekilde değerlendirmelerinde, hibe lafzı ile alışveriş manasını nazarı itibara almışlardır. Bu bakımdan böyle bir akit her iki akte benzer (yani başlangıçta hibe, sonuçta alışveriş) olarak kabul edilmiştir.[2]

Malikîler'e göre böyle bir akit çoğu hallerde alışveriş gibi kabul edilir, nadir hâllerde ise farklı kabul edilir. Çünkü *hibetü's-sevab* (diye bilinen böyle bir hibe), bedelinin ve bunun süresinin bilinmemesi hâlinde caizdir. Cüzzam ve baras (alaca hastalığı) gibi önemli bir kusur olmadığı sürece, hibe eden kimse, kusurlu bedeli reddetme hakkına sahip değildir, onu kabul etmeye zorlanır. Aksi takdirde hibe eden kişi -kıymeti tamamen ödenmiş olsa dahi- onu kabul etmeye zorlanmaz.[3]

Şafiîlerle Hanbelîlerce sahih olan görüşe göre, böyle bir akit, alışveriş olarak kabul edilir. Kendisine hibe edilen kişinin, şart koşulan bedeli ödemesi gerekir; bu akde şüf'a, hıyar-ı şart, hıyar-ı ayıp, hıyar-ı ru'ye gibi hıyârât ile daman-ı derek yani

---

1- Geniş bilgi için bk. *el-Mebsût*, XII, 75 vd.; *el-Bedâyi*, VI, 130; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 133 İbni Âbidîn, IV, 539 vd.

2- *el-Bedâyi*, VI, 132.

3- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 326; *Haşiyetü'd-Desukî*, IV, 114; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 352.

satılan malda sonradan bir hak sahibi çıkarsa onun hakkını tazmin etme gibi satış akdi hükümleri uygulanır. Bunun sebebi ise açıkça bedel şartını ileri sürmenin hibeyi iptal etmesidir. Çünkü bu, aktin gereğine aykırı olan bir şarttır.

b) Akitten sonraki bedel:[1]

Akitten sonra verilen bedel ya: "Bu senin bana yaptığın hibenin bedeli, karşılığı veya onun yerinedir." gibi lafızlarla birinci hibeye izafe edilir veya edilmez.

Eğer bedeli ilk hibeye izafe etmezse ikinci hibe yeni bir hibe olur ve her iki hibede de rücu hakkı sabit olur.

Şayet bedel birinci hibeye izafe edilecek olursa ilk hibeden sonra verilen bu bedel, görüş ayrılığı söz konusu olmaksızın, yeni bir hibe olur. Hibe ne ile sahih olursa ve ne ile batıl olursa, o da onlarla sahih veya batıl olur. Şu kadar var ki, yeni yapılan hibeden, birinci hibede rücunun iskatında düşürülmesinde farklılık olduğundan, bedel manası bulunur [2].

Bedel şartından uzak mutlak hibe, bedel vermeyi gerektirir mi?

Bu konuda ilim adamları farklı görüşlere sahiptir. Hanefîler, Hanbelîler ve tercihe şayan görüşlerinde Şafiîlerce kendisi ayarında yahut daha aşağı veya kendisinden daha yüksek seviyede birisine de yapılmış olsa, karşılık vermeyi gerektirmez. Dolayısıyla kendisine hibe edilen kişinin hibe eden kişiye bedel vermesi lâzım değildir. [3]

Malikîlere göre, hibe karşılık vermeyi gerektirir ve hibe eden ile kendisine hibe edilen kişi arasında bu konuda anlaşmazlık çıkarsa, bedel (ivaz) verilmesi isteği ile yapılmış kabul edilir. Özellikle karşılık maksadına hâl karînesi delâlet ederse bu, böyledir. Meselâ, fakir bir kimsenin zengin bir kimseye hibede bulunması yahut da onun bu hibeden maksadının karşılık almak olduğunun görülmesi buna delildir. Malikîlerin bu hükümlerinin delili, Hz. Ömer (r.a.)'in şu sözüdür: *"Her kim karşılık almak maksadıyla bir hibede bulunursa ondan (karşılıktan) memnun olmadığı takdirde hibesinden dönebilir."* [4]

2- Mana bakımından bedel:

Bu, malî olmayan bedel olup üç türlüdür [5]:

a) Yüce Allah'tan sevap: Fakire yapılan hibede, onun tarafından kabzedildikten sonra rücu (dönüş, vazgeçme) yoktur. Çünkü bu fakire yapılan bir sadakadır, yaptığı bu hibe dolayısıyla Allah'tan sevabını diler. Sadakada rücu da söz konusu

---

1- *el-Mühezzeb*, I, 447; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 404. *Damânu'd-Derek:* Satılan malın *ayn*'ında söz konusu olabilecek ve satıcının dışındakilere ait haklardan salim (uzak) olmasını iltizâm edip ondan başkasının hakkının bulunduğu ortaya çıkması hâlinde, bunun sorumluluğunu yüklenmektir. *Akdü'l-Bey'*, 97.

2- *el-Bedâyi*, VI, 131; *el-Mebsût*, XII, 76, 82.

3- *el-Bedâyi*, VI, 132; *el-Mühezzeb*, I, 447; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 404; *el-Muğnî*, V, 623.

4- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 326; *Haşiyetü'd-Desûkî* IV, 114; *el-Muntekâ ale'l-Muvattâ*, II, 111.

5- *el-Bedâyi'*, VI, 132; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 134; *İbni Âbidîn*, IV, 541.

yaptığı bu hibe dolayısıyla Allah'tan sevabını diler. Sadakada rücu da söz konusu değildir.

b) Sıla-i rahim: Mahrem olan akrabalara yapılan hibeden rücu sahih olmaz. Çünkü sıla-i rahimde bulunmak, manevî bir bedeldir. Zira bu şekilde sıla yapmak, dünya hayatında yardımlaşma ve dayanışma sebebidir. Dolayısıyla bu, yardım almanın bir yolu olur. Ayrıca böyle bir hibe âhirette sevap almak sebebidir. Bu ise (hibe olarak verilen) maldan daha üstündür.

c) Evlilik bağı: Karı kocanın hibesinde rücu sahih olmaz. Çünkü böyle bir sıla, kâmil bir akrabalık bağı ile bağlı kimseler arasında görülen sıla hükmündedir. Onun delili ise bütün hâllerde evlilik bağı sebebiyle karşılıklı mirasçı olunmasıdır.

3- Kendisine hibe edilen kişi veya başkasının fiili sebebiyle hibe edilen şeyled ona bitişik bulunan bir fazlalık meydana gelmesi:

Böyle bir fazlalık, ister hibe edilen şeyden kaynaklansın, ister başka bir şeyden olsun, rücuya manidir. Meselâ, hibe edilen bir bahçeli ev olsa ve kendisine hibe edilen kişi de orada yeni bir bina yapsa, yahut bir arazi olup da oraya bazı ağaçlar dikse yahut o arazide meselâ bir su tulumbası yerleştirip üzerine de bina yapsa veya hibe edilen şey bir elbise olsa, o da kıymeti artacak şekilde elbiseyi boyasa yahut da bunu gömlek olarak biçip dikse, bu takdirde rücu sahih olmaz. Çünkü hibe edilen başkasına karışmıştır. Hibe edilen şeyin dışında rücu ise mümkün değildir', çünkü meydana gelen bu fazlalık, hibe edilmiş değildir. Diğer taraftan bu fazlalık söz konusu olmaksızın aslını alıp rücuya imkân da yoktur; dolayısıyla kesinlikle rücu' mümkün olmaz.

Hibe edilenden ayrı bulunan fazlalık ise rücuya mani değildir. İster bu çocuk, süt ve meyve gibi asıldan tevellüt eden (doğan, çıkan) bir şey olsun, ister mütevellit olmayan bir şey olsun; erş, [1] kazanç ve mahsul gibi. Çünkü bu gibi fazlalıklar üzerinde akit olmamıştır. Dolayısıyla bunlar hakkında fesih söz konusu olmaz. Akit, asıl üzerinde söz konusu olmuştur; dolayısıyla fazlalık olmaksızın asıl üzerindeki aktin feshi mümkündür. Yani az önce gördüğümüz hibe edilene bitişik olan ziyade ile satılan şeydeki ziyade böyle değildir. Bunlar kusur sebebiyle redde manidirler ki, faiz (riba) meydana gelmesin. Zira satışın, feshin ve aslın reddedilmesi, satın alanın elinde, meselâ çocuğun karşılık olmaksızın kalması sonucunu verir. Bunda ise riba manası vardır, hibede ise riba düşünülemez; çünkü riba karşılıklı bedellere hastır.

Hibe edilen şeyin eksilmesi hibede rücuya mani değildir. Çünkü hibe eden kişi

1- *Erş:* Can veya organların dışındaki cinayetlerde caninin ödemesi takdir olunan malî tazminattır. Her bir cinayette bu miktar değişiktir. Kemiğin kırılması veya incinmesi hâllerinde olduğu gibi.

edilenin bir kısmında rücu hakkı da vardır. Hibe edilende eksiklik olması hâli de bunun gibidir. Şu kadar var ki, kendisine hibe edilen bu eksikliğin tazminatını ödemez. Çünkü hibe edilen şeyin kabzedilmesi tazminatı gerektirici bir kabz değildir.[1]

4- Hibe edilen nesnenin kendisine hibe edilen kişinin mülkünden çıkması:

Bu, alışveriş, hibe ve buna benzer sebeple de olabilir. Çünkü bu gibi tasarruflar ile mülkiyette değişiklik olur. Mülkiyet şeklindeki değişiklik ise, aynlardaki değişiklik gibidir. Bir kimse birisine belirli bir ayn'ı hibe edecek olursa başka bir ayn'ı hibenin yerine alamaz. Aynı şekilde bir kimseye bir şeyi mülkiyet olarak verse bir başka mülkiyeti feshetme hakkı yoktur [2].

5- Akdi yapanlardan birisinin ölümü:

Kendisine hibe edilen kişi öldüğü takdirde, hibeden rücuya imkân kalmaz. Çünkü mülk, artık onun mirasçılarına geçmiş olacağından, tıpkı hayatta iken başkasının mülkiyetine geçmiş gibi olur. Aynı şekilde hibe eden kişi ölürse hüküm yine böyledir. Çünkü hibe edenin mülkü mirasçılarına intikal eder, mirasçı ise yabancıdır; onun tarafından hibe yapılmış değildir[3].

6- Hibe edilen şeyin telef olması veya tüketilmesi:

Çünkü telef olan bir şeyde rücuya imkân yoktur. Onun kıymetinde rücu da mümkün değildir; çünkü kıymeti hibe edilmiş değildir. Zira onun kıymeti üzerine akit olmamıştır. Hibe akti ise tazminatı gerektirici akitlerden değildir [4].

Rücunun Mahiyeti: Hibede hakimin hükmü ile rücunun bir fesih olduğunda ihtilâf yoktur. Karşılıklı rıza ile rücu konusunda ise ulemâ ihtilâf etmişlerdir. Hanefîlerin cumhuru hakimin hükmü ile rücuda olduğu gibi, bu da bir fesihtir, dolayısıyla müşâ olanda rücu caizdir; sıhhati için de kabz şart değildir, demektedirler.

İmam Züfer ise şöyle demektedir: "Bu, yeni bir hibedir. Çünkü kendisine hibe edilmiş olanın mülkiyeti tarafların rızası ile hibe edene dönmüştür. Bu bakımdan kusûr (ayb) sebebiyle geri çevirmeye benzer. Akitte bulunan taraflar dışındaki üçüncü bir kişiye göre bu, yeni bir akit olarak kabul edilir."

Hanefîlerin cumhuru şunu delil gösterirler: Hibe eden kişi fesih ile kendisinin hakkını alır. Hakkın geri alınması ise hakimin hükmüne bağlı değildir. Hakimin hükmü olmaksızın kabz sonrası ayb sebebiyle malın geri verilmesi ise böyle değildir. O üçüncü bir şahıs için (akitte bulunan taraflar dışındaki kimse için) yeni bir alışveriş olarak kabul edilir. Çünkü müşterinin fesihte hakkı yoktur. Onun hakkı, satın aldığı malın kusurlu olmamasıdır. Eğer kusurlu ise rızasına halel gelmiş demektir. [1].

1- *el-Mebsût*, XII, 83, 88; *el-Bedâyi*, VI, 129; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, 132 vd.; *İbni Âbidîn*, IV, 538 vd.

2- *el-Bedâyî*, VI, 129; *İbni Âbidîn*, IV, 541; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, a.y. *el-Mebsût*, XII, 84.

3- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, a.y.; *İbni Âbidîn*, IV, 539.

4- *el-Bedâyi*, VI, 128; *İbni Âbidîn*, IV, 542.

6. Çocuklara Bağışlama:

Daha önceden de açıklamış olduğumuz gibi; sağlık hâlinde çocuklara yapılan atıyye, verilen bağış ve hediyelerde eşitliği gözetmenin müstehap, aralarında fark gözetmenin de mekruh olduğunda ulemanın cumhuru ittifak hâlindedir. Ancak müstehap olan eşitlikten maksadın ne olduğunu farklı şekillerde açıklamışlardır.

Cumhurun görüşünü temsil eden Hanefîlerden Ebu Yusuf ile Malikîler ve Şafiîler şöyle demektedirler: Bağışta erkek olsun dişi olsun çocuklar arasında babanın eşitlik sağlaması müstehaptır. Kıza da erkeğe verildiği gibi verilir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Atıyyelerde çocuklarınız arasında eşitlik sağlayınız. Eğer ben bu konuda tercih yapacak olsaydım, kızları erkeklere tercih ederdim."* (2) Bu hadis-i şerifi Saîd b. Mansûr *Sünen*'inde ve Beyhakî dahasen ile isnâ ile ile rivayet etmiştir. Buharî'nin rivayetinde ise şöyle denilmektedir: *"Allah'tan korkunuz ve çocuklarınız arasında adalet sağlayanız."* (3) Çünkü paylaştırmada ve muamelelerde adalet göstermek, istenen bir şeydir. (4) Bu hadis-i şeriflerde yer alan emri mendupluğa hamletmişlerdir.

Hanbelîler ile Hanefîlerden İmam Muhammed şöyle demektedir: Yüce Allah'ın mirastaki paylaştırmasına uygun olarak baba, çocuklar arasında pay edebilir. Yani erkeğe iki dişinin payını verebilir. Çünkü şanı yüce Allah onların arasında bu şekilde taksim etmiştir. Uyulacak en uygun olan paylaştırma ise Allah'ın taksimidir. Çünkü hayatta iken bağışta bulunmak, bağışın iki hâlinden birisidir. Bu durumda ölüm hâlinde olduğu gibi -ki miras ölüme terettüp eder- bir erkeğe iki dişinin payı kadar verir. Bağışın, "ölümden sonra yapılacak taksimin acele edilip öne alınması" demek olması da bu görüşü destekler, o halde bunun ölümden sonra yapılacak taksime göre yapılması lazımdır.

Bağışta eşitlik hükmü ile ilgili olarak ulemanın cumhuru şöyle demektedir (1):

1- el-Bedâyi, VI, 134.

2- Bu hadisi Taberânî, *el-Evsat*'da, İbni Abbas'tan rivayet etmiştir. Buna göre Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: ""*Bağışlarda çocuklarınız arasında eşitlik sağlayınız; ben her hangi bir kimseyi tercih etseydim kadınları tercih ederdim.*"Hadisin isnadında *zayıf* bir ravi olan Saîd b. Yûsuf vardır. İbni Adiyy'in, *el-Kâmil*'de zikrettiğine göre, bu ravinin bundan daha *münker* bir hadisi rivayet edilmiş değildir. *et-Telhîsü'l-Habîr*, 260; *Mecmau'z-Zevâid*, IV, 153.

3- Bu hadisi Buharî, Müslim, *Muvatta*'da İmam Malik, Ebu Dâvud, Tirmizî ve Neseî, en-Nu'mân b. Beşîr'den rivayet etmiştir. Demiştir ki: *"Babam bana malının bir kısmını tasadduk etti. Annem - Amra binti Revâha- dedi ki: "Resulullah (a.s.)'ı şahit tutmadıkça bunu kabul etmem."* Bunun üzerine babam, Peygamber (a.s.)'i bana verdiği sadakaya şahit tutmak üzere gitti. Resulullah (a.s.): *"Bunu bütün çocuklarına yaptın mı?" diye sordu. O, hayır, deyince şöyle buyurdu: "Allah'tan korkunuz ve çocuklarınız arasında adalet yapınız."* Bunun üzerine babam geri döndü ve bana verdiği o sadakayı geri aldı." Bunun başka bir takım rivayetleri daha vardır. *Câmiü'l-Usûl*, XII, 266 vd.; *el-Telhîsu'l-Habîr*, 260; *Sübülü's-Selâm*, III, 89.

4- *Tuhfetü'l-Fukahâ*, III, 274 -eski baskı-; *el-Mîzân*, II, 100, *el-Mühezzeb*, I, 446; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 401.

Eşitlik sağlamak vacip değil, menduptur. Mirasçılarından bazılarına daha fazla verirse mekruh olmakla birlikte sahihtir. Hadis-i şeriflerde bulunan eşitlik sağlamak emrini menduplığa hamletmişlerdir. Aynı şekilde Müslim'in şu rivayetinde sabit olan yasaklamayı da ona hamletmişlerdir: *"Sana karşı iyilik ve itaatte aynı olmaları seni memnun eder mi? Sahabe; Evet deyince Hz. Peygamber: "O hâlde sen de öyle yapma (eşitliği bozma), diye buyurdu."* Buradakinehyin tenzihi olduğunu söylemişlerdir. Adalet sağlamak ise çocuklar arasında eşitlik sağlamak demektir. Ahmed, Sevrî, Tâvûs, İshâk ve daha bir kısım âlim şöyle demektedir: Bağış veya hibede çocuklar arasında eşitlik vaciptir. Eşitlik sağlanmadığı takdirde bağış batıl olur. Hadis-i şeriflerde gelen emirlerin zahirleri gereğince amel edilmelidir. Meselâ, Hz. Peygamberin; *"Allah'tan korkunuz", "Çocuklarınız arasında adâletli davranınız."* [2] ve *"O hâlde böyle yapma"* şeklindeki vücubu gerektirici buyruklar buna örnektir. Bazılarına verip bazılarına verilmemesi halinde; *"Ben zulmün üzerine şahitlik etmem"* sözü de buna örnektir.

Bu ilim adamları eşitlik sağlamanın nasıl olacağında farklı görüşlere sahiptir. Erkeğe ve dişiye eşit olarak verilmesi şeklinde olacağı söylenmiştir. Nesei'de yer alan; *"Onlar arasında eşitlik sağlasaydın ya"* ifadesi ile İbni Hibbân'ın: *"Onlar arasında eşitlik sağlayın"* şeklindeki rivayeti ve İbn-i Abbâs'ın rivayet ettiği: *"Bağışta çocuklarınız arasında eşitlik sağlayınız. Ben birilerine üstünlük tanıyacak olsaydım kadınlara üstünlük tanırdım"* mealindeki hadisin zahiri bunu gerektirmektedir.

Hanbelîler ise şöyle demektedir: Eşitlik, mirasta olduğu üzere, erkeğe iki dişinin payını vermekle olur. İmam Ahmed'den gelen rivayete göre ise, şayet bir sebebi var ise, fazlalık caiz olur. Meselâ, kötürümlüğü sebebiyle oğluna ihtiyaç duyması veya borcunu ödemesi yahut oğlunun bakmak zorunda olduğu çoluk çocuğunun çokluğu, ilimle uğraşması ve buna benzer sebeplerle başkalarına göre ona üstünlük tanıması caiz olur [3].

1- *Neylü'l-Evtâr*, VI, 7; *Sübülü's-Selâm*, III, 89; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, IV, 342-345.

2- Bu hadisi Buharî ve Müslim, en-Nu'mân b. Beşîr'den rivâyet etmişlerdir. *Neylu'l-Evtâr*, VI, 6.

3- el-Ezher'deki *Fetvâ Kurulu*'nun, mirasçılar arasında ayırım gözetmenin mümkün olup olmadığı ile ilgili bir soruya verdiği cevapta şu hususlar belirtilmiştir:

ÎDÂ (EMANET BIRAKMA)

1. Îdânın Tarifi ve Meşruluğu

Tarifi: "el-ved'u" lugatte "terketmek" demektir. "Vedîa" ise koruması maksadıyle sahibinden başkasının yanına bırakılmış şey demektir. Şer'an vedia, hem emanet bırakma işine, hem de emanet bırakılan eşya için kullanılır. Râcih olan görüşe göre "vedia" bir akittir. Ancak "vedia bir akittir" demek yerine "ida bir akittir" denilmesi daha doğrudur. Çünkü tercih edilen görüşe göre îdâ bir akittir. Hânefî şarihlerinden bir gruba göre îdânın tarifi şöyledir: Açıkça veya bir karine vasıtasıyla başkasını kendi malını korumak için yetkili kılmaktır [1]. Mudi (îdâ eden, vedia bırakan) kimsenin başkasına: "Bunu sana tevdi ettim." [2] deyip ötekinin kabul etmesi buna örnektir. Îdâ o takdirde açık olarak gerçekleşir. Bir kişinin bir elbiseyi birisinin yanına getirip önüne bırakması ve: "Bu senin yanında bir vediadır" dediği hâlde, ötekinin susması ve benzeri hâllerde de delâletten olur. Böyle bir hâlde bırakılan bu elbise delâletten tevdi edilmiş (mûdâ) olur.

Şafiîlerle Malikîler de şöylece tarif etmişlerdir: Îdâ, mülk altındaki bir şeyin

1- Anne ve babanın atiyye (bağış), hediye ve infak (harcama)larda çocuklar arasında mümkün olduğunca ve ellerinden geldiği kadarıyla eşitlik sağlamaları vaciptir. Konu ile ilgili eşitliği emreden gördüğümüz hadis-i şeriflerle amel etmek için de ileride belirtilecek olan haklı sebeplerden biri olmadıkça, bu asıl kaidenin dışına çıkmak caiz değildir.

2- Anne babadan her hangi birisi çocuklardan birisine, meselâ evlendirmek veya zevcesinin mehrini ödemek ya da kendisini ihtiyaçtan kurtaracak kadar bir vazife elde edinceye kadar onun öğretim masraflarını karşılamak yahut kızlardan birisine çeyiz hazırlamak suretiyle herhangi bir harcama yapacak olursa, ilk çocuğuna yaptığı harcama miktarınca diğer çocuklarına da yapması gerekir.

yahut da özel ve (mülkiyeti) muhterem bir şeyin muhafaza edilmesinde özel bir şekilde vekil tayin etmektir. (3) Buna göre mülkiyet hakkı gözönünde bulundurulan şarabın (4) îdâsı sahihtir. Tabaklamak ile tahir olan meytenin derisi, çöp ve avlamak için eğitilmiş köpek de îdâ edilebilir. Tahsis edilmemiş (yani kimseye ait olmayan) başıboş köpek, rüzgârın uçurduğu elbise ve benzeri şeylerin ise özel bir durumları yoktur. Çünkü bunlar vedia hükmünden farklı hükümleri olan kaybolmuş bir maldır.

Vedia bırakan kimseye *mûdî;* vedia olarak alan kimseye de *mûda'* ile *ved.* denilir.

Meşruluğu: Îdâ meşru ve mendupttur. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"Şüphesiz Allah sizlere emanetleri ehillerine tastamam ödemenizi emreder."* (Nisa, 58). Bir başka ayet-i kerimede de: *"Kendisine emanet edilen kişi emanetini tastamam yerine getirsin."* (Bakara, 283) buyurulmaktadır. Hz. Peygamber (a.s.) de şöyle buyurmuştur: *"Sana emanet eden kimseye emaneti öde; sana hainlik edene sen hainlik etme".* (5) İslâmî dönemlerin her bir asrında İslâm âlimleri îdâ ve istîdâ (emanet etmek ve emanet bırakmanın caiz olduğu üzerinde icma etmişlerdir. Çünkü îdâ insanlar için bir ihtiyaç, hatta bir zarurettir. (6)

3- Şer'î bir sebep dolayısıyla çocukların kimisini bu konuda üstün tutmak caizdir. Yatalaklık gibi kazanmaya mani musibetler, çalışmayı engelleyen körlük, felç bunlardandır. Kazanmaktan her hangi bir şekilde âciz olmak ve dinî ilimlerle uğraşmak da bu sebepler arasındadır. Mecelletu'l-Ezher, yıl 14, sayı 3.

1- *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr,* VII, 88; *İbni Âbidîn,* IV, 515; *Mecmau'd-Damânât, 68.*

2- Tevdi Arapçada zıt anlamlı kelimelerdendir. Hem "Onu senin yanına vedîa olarak bırakıyorum" hem de "Senden vedia olarak kabul ediyorum" manasına gelir.

3- *Mugni'l-Muhtâc,* III, 79; *Kalyûbî* ve *Amîra,* III, 180; *Şerhu't-Tahrîr,* 167; *Nihâyetü'l-Muhtâc* V, 87; *eş-Şerkâvî,* II, 96 vd.; *Haşiyetü'd-Desûkû* III, 419.

4- Daha önce yanında bulunan veya mirasçılarının kendisinden miras aldığı ve sonradan Müslüman olan kimsenin malik olduğu şaraptır.

5- Ebu Dâvud ve Tirmizî rivayet etmiş olup, Tirmizi *hasen* bir hadistir, demiştir. Ayrıca Hâkim de rivayet etmiş, *sahih* olduğunu belirtmiştir. Ebu Hâtim *münker* olduğunu kabul etmiştir. Hadis hafızlarından bir grup da bunu rivayet etmişlerdir. Beyhâkî, Hâkim, Darekutnî, Ahmed ve Ebu Nuaym tenkit edilmiş yollardan rivayet etmişlerdir. Bu konuda Übeyy b. Ka'b'dan gelmiş İbnü'l-Cevzî ve Darekutnî'nin bir rivayeti vardır. Beyhakî ve Taberânî'de ise Ebu Ümâme'den gelen bir rivayet vardır. Bunların rivayetlerinde zayıf ravi vardır. Darekutnî, Taberânî ve Ebu Nuaymda Hz. Enes'ten gelmiş bir rivayet ile ashab-ı kiramdan bir kişiden gelmiş Ahmed, Ebu Dâvud ve Beyhakî'de bir başka rivayet vardır. Bunun senedinde sahabenin dışında *meçhul* bir kişi daha vardır. Şafiî der ki: Bu hadis sabit değildir. *Neylü'l-Evtâr*'da şöyle denilmektedir: "Hadisin bu muteber yollarla gelmesi, bunun yanında muteber imamlardan iki kişinin bunların bir kısmını *sahih* kabul etmesi, üçüncü bir kısmının ise *hasen* kabul etmesi açıktır ki, bu hadisi kendisi ile delil gösterilecek bir noktaya yükseltir." *et-Telhîsu'l-Habîr,* 270; *Neylü'l-Evtâr,* V, 297; *Sübülü's Selâm,* III, 68.

6- adı geçen kaynaklar; *el-Muğnî,* VI, 382; *el-Mebsût,* XI, 109.

2. İdânın Rüknü ve Şartları

Hanefîlere göre îdânın rüknü icap ve kabuldür. Bu da bir kimsenin başkasına: "Ben bunu sana tevdi ettim" yahut da: "Bunu benim namıma muhafaza et" ya da "Şunu al, yanında emanet olsun" vb. sözler söylemesi; ötekinin de bunu kabul etmesi ile gerçekleşir. (1)

Cumhura göre îdânın rükünleri dörttür (2): Akit yapacak iki kişi (mudi ve vedi), vedia (emanet olarak bırakılan şey) ve siga (icap ve kabul). Kabul ya: "Kabul ettim" gibi sözle olur yahut da bir kimsenin malını bir başkasının yanında bırakması ve onun da susması hâlinde olduğu gibi delâletten olur. Böyle bir durumda susmak, alışverişte karşılıklı olarak alıp vermekte olduğu gibi kabul yerini tutar.

Hanefîlere göre akti yapanlarda şu şartlar aranır: Akıl; aklı ermeyen küçük ile delinin îdâsı sahih değildir; aynı şekilde delinin ve aklı ermeyen küçüğün vediasını kabul de sahih olmaz. Bülûğ şart değildir. Ticaret yapmasına izin verilmiş küçüğün îdâsı sahihtir. Çünkü bu, ticaretle uğraşanın gerek duyacağı şeyler arasındadır. Aynı şekilde ticaret yapmasına izin verilmiş küçüğün vedia kabul etmesi de sahih olur. Çünkü o (malı) korumaya ehil kimselerdendir. Hacir altındaki küçüğün ise vedia kabul etmesi sahih değildir; çünkü böyle bir kimse genellikle malı muhafaza edemez (3).

Îdâda cumhura göre vekâlette şart görülen bülûğ, akıl ve rüşt şartları aranır.

Vediada ise, malın elde bulundurulabilmesi imkânı şarttır. Şayet âbıki (kaçmış köle) veya havadaki kuşu yahut denize düşmüş malı vedia olarak bırakacak olursa tazminatı söz konusu değildir (4).

3. İdâ Aktinin Hükmü ve Vediayı Koruma

Îdâ aktinin hükmü, malikin lehine korumanın lüzumudur. Çünkü mal sahibi tarafından yapılan îdâ, o malın muhafaza altına alınmasını istemek ve bunun emanet olarak kabul edilmesini sağlamaktır. Vedî (vediayı kabul eden kişi) tarafından ise, muhafazayı kabul etmek olduğundan bunu muhafaza etmesi gerekir. Çünkü Peygamber (a.s.): *"Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar"* buyurmuştur. (5)

1- *el-Bedâyi,* VI, 207; *Mecmau'd-Damânât,* 68.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 419; *Muğni'l-Muhtâc,* III, 80; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 186; *Gâyetü'l-Muhtehâ* II, 269. Şafiîler der ki: Esah olan görüşe göre vedinin kabulünün sözle olması şart değildir. Vekâlette olduğu gibi, vedianın kabzedilmesi yeterlidir. Hatta vekâletten daha öncelikle bu yeterlilik söz konusudur. Vedianın akar veya meçhul olması da farketmez.

3- *el-Bedâyi,* a.y.

4- *İbni Âbidîn,* IV, 516.

5- Bu: *"Sulh, Müslümanlar arasında caizdir,"* hadisinin bir kısmıdır. Bu hadisi de Ebu Hureyre ile

İki kişinin bir kişi yanında îdâsı (emanet bırakması):

İki kişi birisinin yanına bir vedia bıraksa, sonra da ayrılıp gitseler, sonra onlardan birisi gelip payını istese ikinci şahıs gelmedikçe o kişiye payını vermeye hakkı yoktur. Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre ise vedînin (yanında emanet bırakılanın) vediayı pay etmek yetkisi ve iki mudiden birisine payını verme yetkisi vardır. Bu, gaip olan kimse adına yapılan bir paylaştırma sayılmaz. O kadar ki, geriye kalan yarım, vedînin elinde telef olsa, gaip kişinin, (yarısını) kabzeden kişi ile kabzettiği kısımda ortaklık hakkı vardır.

Delilleri şudur: Mudilerden birisi vedîden payının ödenmesini istemiştir. Dolayısıyla müşterek borçta olduğu gibi ona ödemesi emredilir.

Ebu Hanife için ise şöyle delil getirilmiştir: Bizler mudilerden her hangi birisinin payının kendisine teslim edilmesini istediğini kabul edemeyiz. Aksine o gaibe ait payın kendisine ödenmesini istemektedir. Çünkü o ayrılan (ifraz edilen) payı istemektedir. Halbuki bunda onun hakkı yoktur. Hakkı, müşadadır ki, bu da vedianın tamamıdır. Vediadan muayyen olarak ayrılan edilen miktar, her iki kişinin hakkını ihtiva etmektedir. Her bir kişinin hakkı, ancak taksim yapılmasıyla ötekinden ayrılabilir. Vedî (emanetçi)nin ise paylaştırma velâyeti yoktur. Çünkü müşterek borcun hilâfına, onun bu konuda vekâleti bulunmamaktadır. Zira borçta ortak kişi, borçludan kendisine ait olan hakkın ödenmesini istemektedir. Borcun ödenmesi bakımından hakkı ise alacaklılar arasında müşterek değildir. Çünkü borçlar misilleri ile ödenir. Bunun misli ise borçlunun malıdır ve o da alacaklılar arasında müşterek değildir. Dolayısıyla bu, başkasının hakkında yapılan bir tasarruf olmaz; aksine kendi malında tasarruf eden, borçlunun kendisi olur; bu bakımdan böyle bir tasarruf caiz olur [1].

Bir kişinin iki kişiye emanet bırakması

Bir kimse, paylaştırılabilen türden bir nesneyi iki kişiye emanet etse, onlar bunu muhafaza etmek maksadıyla paylaştırıp her birisi yarısını alabilir. Çünkü emanetin sahibi onların koruyuculuğuna razı olmuş, onlardan her hangi birisinin tek başına vedianın (emanetin) tümünü muhafaza etmesine razı olmamıştır.

Onlardan her hangi birisi vediayı tümüyle arkadaşına verecek olsa Ebu

---

Amr b. Avf rivayet etmiştir. Ebu Hureyre'nin hadisini Ebu Dâvud rivayet etmiştir, *"Dedi ki: Resulullah (a.s.) "...sulh caizdir" buyurdu."* İbni Hibbân ve Hâkim bunu rivayet etmiştir. Amr b. Avf'ın hadisini ise Tirmizî rivayet etmiş ve *sahih* olduğunu belirtmiştir. Ayrıca İbni Mâce de rivayet etmiştir. Buna göre Resulullah (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Haramı helâl kılan veya helâlı haram kılan müstesna, sulh Müslümanlar arasında caizdir."* Tirmizî şunu da ekler: *"Müslümanlar şartlarına bağlıdırlar. Haramı helâl kılan veya helâli haram kılan şart müstesnâ."* Tirmizî: *"Sahih* bir hadistir." demiştir. Ayrıca hadisi Hâkim, *Müstedrek*'inde bütünüyle rivayet etmiş olup hakkında bir şey söylememiştir. *Nasbu'r-Râye*, IV, 112; *Sübülü's-Selâm*, III, 59.

1- *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 94 vd.; *el-Mebsût*, XI, 123; *Mecmau'd Damânât*, 78.

Hanife'ye göre yarısının tazminatını öder. Çünkü emaneti bırakan kişi onlardan birisinin değil, ikisinin muhafazasına razı olmuştur. Aslolan kâide şudur: İki kişinin fiili ayırmayı kabul eden her hangi bir şeye izafe edilirse, onların bir kısmına şâmil olur. Bu iki kişiden birisi bütünü ötekine teslim eder ve mal sahibi bundan razı olmazsa tazminatını öder.

Ebu Hanife ile Muhammed, tazminat ödemez, demişlerdir. Çünkü o, her ikisinin de emaneti ellerinde bulundurmasına razı olmuştur. Dolayısıyla onların her birisi emaneti ötekine teslim etme yetkisine sahiptir ve bunun tazminatını ödemez. Tıpkı taksim olunamayan şeylerde olduğu gibi.

Eğer vedîa, emanet edilen nesne taksim olunamayan cinsten ise, tazminatın söz konusu olmayacağında ittifak etmişlerdir. Çünkü böyle bir emanetin muhafazası ancak tek bir yerde olabilir. Buna göre mal sahibi onlardan her hangi birisinin bunu muhafaza etmelerine razı demektir. Çünkü bunu muhafaza edebilmek için her zaman için bir araya gelemiyeceklerini bilmektedir [1].

Vedianın korunma yolu

İlim adamları vedianın korunma şeklinde farklı görüşlere sahiptir. Hanefîlerle Hanbelîlere göre, vedî kendi malını ne şekilde muhafaza ediyor ise vediayı da o şekilde korumakla yükümlüdür. Bu koruma ya bizzat kendi vasıtasıyla yahut da koruyup gözettiği ve nafakalarını sağlamak durumunda olduğu kimselerin [2] vasıtasıyla olur; hanımı, çocuğu kölesi, hizmetçisi gibi. Çünkü bu gibi kimseler vasıtası ile emaneti koruması, malını koruması gibidir. Bu bakımdan emanet edilen şeyi bizzat kendisi korumuş gibi olur.

Hanefîlere göre vedî, -aynı şekilde- baktığı kimselerden olmayan, fakat kendi malını genellikle koruyan kişilerin yanında emaneti muhafaza etme imkânına da sahiptir. *Mufâvada ve inân şirketi*ndeki ortağının yanında koruması hâlinde olduğu gibi. Ancak gündelikli, ücretle çalıştırdığı kimsenin yanında muhafaza edemez. [3] Eğer vedia bu gibi kimselerin dışında kalanların yanında muhafaza edilirken telef olursa vedi bunu tazmin eder. Çünkü vedianın sahibi, onun tarafından muhafaza edilmesini istemiş, başkası tarafından muhafaza edilmesini kabul etmemiştir. Kişiler ise emanet bakımından farklı farklıdır. Şu kadar var ki, vedînin evinde yangın çıkıp da bunu komşusuna teslim etmesi veyahut da vedî bir gemide iken fırtına çıkıp da batmaktan korkacak noktaya gelince onu bir başka gemiye atması bunun dışındadır. Çünkü bu onun yapabileceği bir iştir. Çünkü böyle bir uygulama,

1- *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 96; *Mecmau'd-Damânât*, 78; el-Kitâb ma'al-Lübâb II, 199.

2- Kendisi ile birlikte aynı meskende kalan ve ihtiyacını, yiyeceğini, içeceğini, giyimini karşıladığı kimselerdir. Kim olursa olsun, farketmez. Çocuğu, hanımı, hizmetçisi veya ücretle çalıştırdığı işçi gibi yakın veya uzak olsun, değişen bir şey olmaz.

3- *el-Mebsût*, XI, 109; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 89; *Mecmau'd-Damânât*, 77; *el-Bedâyi*, VI 207; *el-Muğnî*, VI, 385; *el-Kitâb ma'a'l-Lübab*, II, 199.

böyle bir durumda, malın korunması için belirlenen eden bir yol olur (başka çaresi kalmamıştır). Dolayısıyla mal sahibi de bunu kabul eder. Ancak vedînin bu gibi iddiaları, delil olmadıkça tasdik edilmez. Çünkü o tazminatın sebebi tahakkuk ettikten sonra bu tazminatı düşürücü bir zaruretin varlığını iddia etmektedir.

Malikîlere göre: Vedî vediayı koruyacaklarından emin olduğu ve yanlarında malını korumayı -onların kendisi yanındaki ikametleri uzun süre devam ettiğinden dolayı- alışkanlık hâline getirdiği hanımı, oğlu ve hizmetçisi gibi bakımı altında bulunan ve tecrübe ile kendilerine güven kazandığı kimselerin yanında muhafaza edebilir. Kendisi ile yeni evlendiği hanımının ve yeni çalıştırmaya başladığı ve bu konuda itimat hasıl olmamış kimselerin durumu ise böyle değildir. [1]

Şafiîlere göre: Vediayı vedînin bizzat kendisinin muhafaza etmesi görevidir. Hanımının veya çocuğunun yanında mudinin izni olmaksızın muhafaza etmesi yahut da bunu gerektirici bir özür bulunmaksızın bunların yanında muhafaza etmesi caiz değildir. Çünkü mudi bu vedîden başkasının emanetini kabul etmemiştir; ondan başka kimsenin elinin altına bu malı vermiş değildir. Şayet vedî bu koruma yoluna muhalefet ederse tazmin eder. Ancak böyle bir îdâ hastalık veya yolculuk gibi bir özür sebebiyle olmuşsa tazmin etmez [2].

4. Vedianın Gerçek Durumu

Vedia emanet midir yoksa teminat (tazminat) altında mıdır?:

Mezhep âlimleri vedianın teşvik edilmiş (mendup) bir ibadet olduğu, onu muhafaza etmekte sevap bulunduğu ve onun mutlak bir emanet olup haksızlık veya kusur olmadıkça vedînin üzerine tazminatın gerekmediği üzerinde ittifak etmişlerdir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Hainlik etmeyen vedî (yanında emanet bırakılan) kimsenin üzerinde tazminat yoktur."*[3] Diğer taraftan Hz. Peygamber: *"Kendisine emanet edilip güvenilen kimsenin üzerine tazminat gerekmez."* [4] buyurmuştur. Emîn kimseye tazminat şartını koşmak batıldır. Hanefîlerde fetvaya esas olan görüşde budur.

Buna göre mal sahibinin vediayı istemi hâlinde, mümkün olduğu takdirde onun geri verilmesi gerekir. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"Şüphesiz ki, Allah sizlere emanetleri ehillerine tastamam ödemenizi emreder."* (Nisa, 58)

1- *Haşiyetü'd-Desûkî* I, 423; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 320.

2- *Muğni'l-Muhtâc*, III, 81; *el-Mühezzeb*, II, 361.

3- Bu hadisi Darekutnî ve Beyhakî *Sünen*'lerinde Amr b. Şuayb'dan o babasından, o dedesinden, o da Peygamber (a.s.)'den rivayet etmiştir. Buna göre Hz. Peygamber şöyle buyurdu: *"Hain dışında, kendisine emanet edilen kimse üzerine tazminat yoktur. Aynı şekilde hain dışında ödünç alan kimsenin üzerine de tazminat yoktur."* Hafız İbni Hacer: "Bu hadisin senedinde iki zayıf ravi vardır" demiştir. Darekutnî der ki: Bu hadis Şureyh'in sözünden *merfu* olmaksızın rivayet edilir. Aynı şekilde: *"Emniyet duyulan kimse üzerine tazminat yoktur"* lafzı ile bir başka zayıf yoldan da rivayet edilmiştir. *Nasbu'r-Râye*, IV, 115; *et-Telhîsu'l-Habîr*, 270; Neylü'l-Evtâr, V, 296.

4- Darekutnî, Amr b. Şuayb'dan, o babasından, o da dedesinden yoluyla rivayet etmiştir. İsnadında zayıflık vardır. *Neylu'l-Evtâr*, V, 296.

Mal sahibi, vedî (emin)den emaneti isteyecek olsa ve o da: "Sen bana bir şey emanet etmedin" dese, daha sonra da: "Kayboldu" diyecek olsa, tazmin eder. Çünkü bu takdirde o emanetin sınırları dışına çıkmış olur. Eğer: "Senin benden alacak bir hakkın yoktur" dedikten sonra, "kayboldu" diyecek olursa, yemin ile birlikte sözü kabul edilir. Buna bağlı olarak vediayı bizzat mal sahibinin kendisine ödeme vacip olur. Çünkü şanı yüce Allah emanetlerin ehillerine, yani sahiplerine tastamam ödenmesini emretmiştir. Eğer emaneti mal sahibinin evine onun hazır olmadığı bir sırada geri götürse yahut da mal sahibinin aile fertlerinden birine verse de sonra mal telef olsa vedi tazmin eder. Çünkü mal sahibi baktığı kimselerin eline geçmesini istemediğinden dolayı başkalarının yanında emanet bırakmıştır. Ödünç alma (ariyet) ile kiralamada (icarede) durum bundan farklıdır: Ödünç alan kişi ödünç aldığını veya ücretle kiraladığı bir *ayn'ı* mal sahibinin evine yahut da baktığı kimselerden her hangi birisine verecek olursa, tazmin etmez. Çünkü ödünç alınan şeyin ve benzerlerinin geri verilmesinde insanların bilinen âdeti budur. Şu kadar var ki, ödünç alınan şey mücevher bir gerdanlık gibi kıymetli bir şey olursa tazmin eder, çünkü insanların bu konuda uygulana gelen böyle bir âdetleri yoktur.

Yine buna bağlı olarak telef ve iade etme konusunda mutlak olarak vedînin sözüne yemin ile birlikte itibar edilir. Bu konuda aşağıdaki tafsilât söz konusudur[1].

İddiaların ve Delillerin Çatışması:

Mudi, vedî ile ihtilâf etse ve vedî: "Vedia benim yanımda iken kendi kendine telef oldu" veya "Onu ben sana geri verdim" deyip mudi bunu kabul etmeyerek: "Hayır aksine onu sen telef ettin" diyecek olursa, vedînin sözüne itibar edilir. Çünkü o koruma konusunda emin kabul edilmiş bir kimsedir. Fakat daha önceden de açıkladığımız gibi sözü yemin ile birlikte kabul edilir.

Mudi telef edildiğine dair delil getirecek olursa vedî emaneti tazmin eder. Aynı şekilde vedîden telef konusunda yemin etmesini istese, o da kabul etemese yine hüküm böyledir. Mudi, vedînin aleyhine vediayı telef ettiğine dair delil getirse, vedî de kendiliğinden helâk olduğuna dair beyyine getirse mudînin beyyinesinin kabul edilmesi evlâdır. Çünkü o daha bir ispat edici bir delildir. Zira onun getirdiği beyyinede (delilde) telefin ispatıyla birlikte tecavüz gibi bir fazlalığın da ispatı söz konusudur. Eğer vedî, mudinin vedianın helâk olduğunu ikrar ettiğini bir beyyine ile ortaya koyabilirse onun bu delili kabul edilir. Böyle bir ispat, mudinin beyyinesinin yalanlanması demek olur.

1- *el-Bedâyi'*, VI, 210; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 89; *el-Kitab ma'a'l-Lübâb* II, 196; *Mecmau'd Damânât*, 68, 87, 89; *İbni Âbidîn*, IV, 516; *Muğni'l-Muhtâc*, III, 81; *Kalyubîve Amîra*, III, 182; *el Muğnî*, VI, 382.

5. Vedianın Tazmin Edilme Hâlleri

Vedianın durumu değişik hâllerde emanetten tazminata doğru değişme gösterir. (1)

1- Vedînin muhafazayı terki: Çünkü o îdâ akti ile vedianın muhafazasını telef oluncaya kadar terkedecek olursa, kefalet yoluyla bedelini tazmin edeceği şekilde muhafaza etmeyi kabul etmiş demektir. Bir kişinin bu vediayı çaldığını görse ve onu engellemek gücü olmakla birlikte engellemese onu tazmin eder. Çünkü akit ile yerine getirmeyi kabul ettiği muhafazayı terketmiştir.

2- Vedînin bakmak durumunda olmadığı kimseler ile âdeten malını kendilerinin yanında koruduğu kimselerin dışında bu vediayı emanet bırakması: Vedî, vediayı elinden çıkarıp özürsüz olarak başkasına emanet bıraksa tazmin eder. Çünkü mudi birinci vedînin muhafazasını kabul etmiştir, başkasının değil. Ancak bunu gerektirecek bir özür varsa tazmin söz konusu değildir. Meselâ, evinde yangın çıkması yahut da bulunduğu geminin batmasından korkarak onu başkasına vermesi gibi. Çünkü böyle bir durumda başkasına vermesi o emaneti korumanın tek yolu olarak teayyün etmiştir. Dolayısıyla böyle bir teslim delâletten emanet sahibinin izni ile olmuş olur. (2)

Özürsüz olarak bir başka kişinin yanında emanet bıraksa, emanet bu ikinci kişinin elinde iken telef olsa veya kaybolsa, birinci kişi onu tazmin eder; ikinci kişi değil. Bu, Ebu Hanife ile Hanbelîlerin görüşüdür (3). Çünkü ikincisi (ikinci vedî), malik olan kimseye malın telef olma sebeplerine karşı vediayı korumak suretiyle iyilik yapmaktadır. Şanı yüce Allah ise: *"İyilik yapanların aleyhine bir yol yoktur."* (Tevbe, 91) diye buyurmaktadır. Birinci muda (kendisine emanet edilen, vedî) ise, bu nassın dışında özel bir hükme tabidir.

Ebu Yûsuf ile Muhammed şöyle demektedir: Mal sahibi serbesttir; dilerse birincisine ödettirir, dilerse ikincisine. Şayet birincisinden tazminat isterse ikincisine ödetilmez. Çünkü o kişi tazmin etmek suretiyle vediaya (emanete) malik olmuş olur. İkincisi tazmin edecek olursa, birincisine rücu eder. Çünkü birinci kişi, yanında emanet bırakmak suretiyle ikinciyi aldatmıştır. Bu aldatmanın tazminatını ödemesi gerekir. Mal sahibinin bu şekilde muhayyer bırakılmasının sebebi de şudur: O her birisinin tazminat ödemesi gerektiğinin sebebi ile karşı karşıyadır. Bu bakımdan malik muhayyerdir. Birincisinin tazminat ödemesinin sebebi; başkasına ait olan malı başka bir kimseye mal sahibibin izni olmaksızın vermiş olması; İkincisinin ise başkasının malını izni olmaksızın kabzetmiş olmasıdır.

1- *el-Bedâyi'*, II, 215 vd.; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 91 vd.; *el-Mebsût*, XI, 113; Mecmau'd-Damânât, 68.

2- *el-Bedâyi*, VI, 208; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 91; *el-Mebsût*, XI, 125, 132; *İbni Âbidîn*, IV. 516.

3- *el-Kavâid*, (İbni Receb) 217.

İkinci mudi vediayı telef edecek olursa, Malik yine muhayyerdir: Dilerse birincisinden tazminat alır, dilerse ikincisinden. Bu konuda ittifak vardır. Şu kadar var ki, birincisinden tazminat aldığı takdirde ikincisine rücu edebilir. İkincisinden tazminat alacak olursa birincisine rücu edemez. Çünkü tazminatın verilme gereği (vücubu)nin sebebi, hakiki manada ikincisi tarafından bulunmuştur ki, bu da vedîa-nın telef edilmesidir. Birincisinin yaptığı ise, sadece koruması maksadı ile ikincisine bu emaneti vermekten ibarettir. [1]

Hanefîlerin cumhurunun kabul etiği kaide şudur: Vedia, tazminatı ödenecek hâle gelse, ondan sonra da tazminatın sebebi izale edilse - birinci vedînin ikincisinden vediayı geri alması bizzat kendisinin muhafaza etmeye başlaması veya ileride görülecek buna benzer sebepler dolayısıyla olması hâllerinde olduğu gibi- tazminat ödemekten kurtulur. Çünkü birinci durumuna geri dönmesi suretiyle artık o vedî kabul edilir. Vedînin ise, yanındaki vedia kendisinden kaynaklanmayan bir sebeple telef olması hâlinde tazminat ödemesi gerekmez [2]. Bu ise kiracı ve ödünç alanın akite muhalefet etmeleri ve sonra da bu muhalefeti terketmeleri hâllerinden farklıdır; onların bu durumlarında tazminat yine bakidir.

İmam Züfer, Şafiî ve diğer imamların kabul ettiği kaide ise şudur: Vedia eğer ondan yararlanmak ve buna benzer -ileride açıklanacak- sebepler dolayısıyla telef olursa tazmin edilmesi gerekir hâle geldiği takdirde -arkasından vedî hıyaneti terkedecek olsa bile yine- tazminat ödemekten kurtulamaz. Çünkü vedia tazmin edilecek hâle geldiği takdirde, tabiatının değişmesi sebebiyle, (îdâ) akti ortadan kalkar. Böyle bir akit, ancak yenilenme ile eski hâline döner. Burada yenilenme bulunmadığından bu önce vediayı inkâr edip ondan sonra kabul etme durumuna benzer. [3]

3- Vedianın kullanılması: Vedî, vediadan meselâ bineğe binmek, elbiseyi giymek suretiyle faydalanacak olursa tazminat ödemek durumunda kalır. Şayet kullanmayı terkedecek olursa, Hanefîlerin cumhuruna göre -kaidelerinden de bildiğimiz üzere- tazminat ödemesi gerekmez. Çünkü o bu vediayı mal sahibinin izni ile elinde tutmaktadır. Bundan sonra artık o vediayı kullanmaktan önceki duruma benzemiş olur. [4]

Malikîler, Şafiîler ve Hanbelîlere göre kullanılmasından sonra vedia telef olacak olursa, tazmin eder. İsterse bu telef semavî bir sebep dolayısıyla olsun. Çünkü o, vediayı kullanmak suretiyle haddi aşmakla artık vedia hükmü kalkmış, onun emanetçiliği batıl olmuştur. Tıpkı önce vediayı inkâr edip sonra kabul etmesi durumuna benzer. Daha önceden de belirttiğimiz üzere mal sahibine onu geri

1- Hanefîlerin yukarıda geçen kaynakları.
2- *el-Bedâyi'*, VI, 212; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 92; *Mecmau'd-Damânât*, 73, 76 vd.
3- *Muğni'l-Muhtâc*, III, 90.
4- *el-Bedâyi'*, VI, 211; *el-Mebsût*, XI, 123.

vermesi hâli müstesna, tazminat ödemekten kendisini kurtaramaz. (1)

4- Vedia ile yola çıkmak: Ebu Hanife vedînin yol emniyeti varsa ve emanetin sahibi akit mutlak yapılmış olduğundan böyle bir şeyi ona yasaklamamışsa vedia ile yolculuğa çıkabilir, demiştir. Çünkü vedianın korunması emri, mekân tayini söz konusu olmaksızın mutlak olarak verilmiştir. Dolayısıyla delil olmaksızın tayin caiz değildir. Buna göre vedia ile yola koyulsa ve telef olsa tazmin etmez.

Ebu Yûsuf ile Muhammed ise şöyle der: Şayet vedianın bir yükü ve bundan dolayı bir masrafı oluyor ise, onunla yolculuğa çıkamaz. Çünkü yük ve masraf teşkil edecek şekilde yolculuk yapmak, vedianın maliki için bir zarardır. Diğer taraftan yolculukta vedî kimse ölebilir de. O vakit mal sahibinin bu vediayı o yerden getirmesi büyük masrafı gerektirebilir ve bundan dolayı da zarar görür. Halbuki vedianın masrafı olmadığı takdirde durum böyle değildir. (2)

Malikîlere göre: Vedî, vedianın ona yolculukta verilmiş olması hâli müstesna, vedia ile yolculuk yapamaz. Yolculuk yapacak olursa şehir halkından güvenilir ve emniyeti ile tanınmış bir kişiye emanet edebilir. Onun için de tazminat yoktur. Bu durumda hakime onu verebilmesi ile buna gücünün olmaması arasında fark söz konusu değildir (3).

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: Vedî, vedia ile yolculuk yapamaz. Yolculuk yapmak isterse, gücü yettiği takdirde sahibine veya onun vekiline emaneti geri verir. Şayet -sahibini bulamamak hâlinde olduğu gibi- gücü yetmezse, hakime teslim eder. Çünkü o emaneti yanında alıkoymakla bir teberruda bulunmaktadır. Bu teberruyu devamlı yapmak zorunda değildir. Hakim ise orada bulunmadığı takdirde mal sahibinin yerini alır. Şayet emanetçi emanet ile yolculuk yapacak olursa, tazminatını öder. Çünkü vedîa telef olmakla karşı karşıya bırakmıştır. Yolculukta malın muhafazası imkânı, ikametttekinden daha azdır. Yolun emniyet altında olması ile tehlikeli olması arasında ise fark yoktur. (4) Diğer taraftan Peygamber (a.s.) de şöyle buyurmuştur: *"Yolcu ve onun malı -Allah'ın koruduğu müstesna- tehlike ve telef olmakla karşı karşıyadır."* (5)

1- *Muğni'l-Muhtâc,* III, 88; *el-Mühezzeb,* I, 362; *Haşiyetü'd-Desukî,* IV, 420, 427; *el-Kavânînü'l Fıkhiyye,* 374; *el-Muğnî,* VI, 401.

2- *el-Bedâyi',* VI, 209; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 93; *İbni Âbidîn,* IV, 521; *el-Mebsût,* XI, 122 *Mecmau'd-Damânât,* 69.

3- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 307; *Haşiyetü'd-Desukî,* III, 421, 423.

4- *Muğni'l-Muhtâc,* III, 82 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 361; *el-Kâmûsu'l-Muhît,* I, 183.

5- *es-Silefî, Ahbâru Ebi'l Alâ el-Mearri'* de, Ebu Hureyre'den rivayet etmiştir. Ebu Hureyre dedi ki: *"Resulullah (a.s.) şöyle buyurdu: "İnsanlar Allah'ın yolcuya olan rahmetini bilecek olsalardı sabahı eder etmez hepsi de yola koyulurlardı. Gerçek şu ki, misafir de onun yükleri de Allah'ın korudukları müstesna helâk olmak tehlikesi ile karşı karşıyadır."* İbni Hacer der ki: Bu hadisi aynı şekilde ebu Mansûr ed-Deylemî, *Müsnedü'l-Firdevs*'te bu şekilde, fakat *el-Mearrî*'den ayrı bir yolla isnat etmiştir. Aynı şekilde Kadı en-Nehrevânî de *el-Celîs ve'l-Enîs* adlı kitabında *merfû*

5- Vedianın inkâr edilmesi: Mudi vediasını ister, vedî ise onu inkâr eder veya ona teslim edebilecek durumda olduğu hâlde vermeyecek olursa, tazminatını öder. Çünkü mal sahibi emanetini geri vermesini istemekle onu emaneti korumak görevinden azletmiştir. Artık bundan sonra onun emaneti vermemesi sebebiyle o, gâsıp ve engelleyici olur. Mudi, îdânın yapıldığına dair delil ikame edecek yahut da vedî yemini kabul etmeyecek veya îdâyı ikrâr edecek olursa tazminatını öder. Önce inkâr edip sonra itiraf edecek olursa, aktin ortadan kalkmış olması dolayısıyla yine tazminat ödemekten kurtulamaz.

Önce vediayı inkâr edip, ondan sonra da vedî onun helâk olduğuna dair delil ortaya koyarsa, üç durum söz konusu olur: Şayet inkârdan sonra veya mutlak olarak telef olduğuna dair delil gelirse bu delilin ona bir faydası olmaz. Çünkü bu emaneti inkâr etmekle veya yanında olmadığını söylemekle akit ortadan kalktığından tazminat öder. Şayet inkârdan önce telef olduğuna dair delil getirebilirse delili kabul edilir ve tazminat ödemesi gerekmez. Çünkü inkârdan önceki telef aktin son bulması sonucunu verir.

Eğer inkârdan önce telef olduğunu ileri sürer ve bu konuda da bir delili bulunmaz da mudiden yemin etmesini isterse, o vakit hakim ona: "bu emanetin inkârından önce telef olduğunu bilmediğine dair Allah adına" yemin ettirir. Mudi yemin edecek olursa vedînin tazminat ödemesine hükmeder. Eğer yemin etmek istemezse, tazminat olmadığına hükmeder. [1]

6- Vedianın başkası ile karıştırılması: Eğer vedî, vediayı kendisinin malına karıştırır da bunları birbirinden ayırdetmek mümkün olursa, üzerine bir sorumluluk yoktur ve ayırır. Şayet ayırdetme imkânı yoksa Ebu Hanife'ye göre onun mislini tazmin eder. Çünkü karıştırmak manevî olarak vedianın telef edilmesidir.

Aynı şekilde, meselâ dirhem türünden iki vedia olsa, birini ötekine karıştırsa, onların her birisine o vedianın mislini öder.

ölçülen ve tartılan şeylerde de durum böyledir. Buğdayın buğdaya, arpanın arpaya karıştırılması hâlinde olduğu gibi aynı cinsler veya buğdayın arpaya karıştırılması hâlinde olduğu gibi farklı cinsler karıştırılması böyledir. Ebu Hanîfe'ye göre onların her birisine hakkının mislini tazmin eder. Delili şudur: O bunları birbirinden ayırt edilemeyecek şekilde karıştırınca onların her birisi bu karıştırılan şeyden faydalanmaktan aciz düşmüştür. Onun bu karıştırmayı yapması her birisinin vediasını telef etmesi demektir. O bakımdan onları tazmin eder.

---

olarak zikretmekle birlikte senedini kaydetmemiştir. Nevevî, *el-Mühezzeb Şerhi*'nde bu hadisi kabul etmeyerek; "Bu Peygamber (a.s.)'den gelmiş bir haber değildir. Olsa olsa seleften bazı kimselerin sözüdür. Onun Ali b. Ebi Tâlib'in sözü olduğu da söylenmiştir." demektedir. *et-Telhîsü'l-Habîr*, 271; *Keşfu'l-Hafâ, (el-Aclûnî)* 255.

1- *el-Mebsût*, XI, 116 vd.; *el-Bedâyi'*, VI, 212; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 93; *Mecmau'd Damânât*, 83 vd.

Bütün bu geçen hususlar ile ilgili olarak Ebu Yusuf ve Muhammed şöyle demektedir: Emanetin sahibi serbesttir. İsterse vediye hakkının mislini tazmin ettirir, isterse karışımın yarısını alır yahut da vedialarn sahibi olan kimseler onu satar ve kıymetini alır. Delilleri şudur: Vedia *ayn'ı* ile ortadadır. Ancak mal sahibi ortaya çıkan karıştırma sebebiyle vedîasını ele geçirmekten aceze düşmüştür. (1)

Vedî ölür ve yanındaki vediayı açıklayıp belirtmezse şayet bu mal tanınan ve mevcut bir mal ise, sahibine iade edilir. Çünkü o bizzat ona aittir. *"Bizzat malını bulan kişi, herkesten çok o hak sahibidir"* buyruğunu ise Resulullah (a.s.) beyan etmiştir. (2) Eğer mal bizzat tanınmamakta ise tazminatı ödenir ve bu onun terekesinde bir borç kabul edilir. Çünkü o emaneti belirtmeksizin ölmekle manen onu telef etmiş olur. Buna göre emanetler bu konuda bilgisiz bırakılmak sebebiyle ölüm hâlinde tazminat altındadır, bundan sadece şu üç hâl müstesnadır:

a) Vakıf nazırı vakfın gelirlerini belirtmeksizin ölürse,

b) Hakim, yetimlerin mallarını kimlere emanet olarak bıraktığını veya yanında olanları belirtmeksizin ölürse,

c) Yönetici bir takım savaş ganimetlerini ve buna benzer malları kimin yanında emanet olarak bıraktığını beyan etmeden ölürse. (3)

Diğer imamlar ise Ebu Hanife'nin söylediği gibi görüş belirtmişlerdir: Vedia ile başkasını birbirinden ayırdetmeye imkân olmaz veya zor olursa -dirhemlerin dirhemlere, tereyağının tereyağına, zeytin yağının zeytin yağına, yağın da bir başkasına karışması hâlinde olduğu gibi ister misli ile karıştırmış olsun, ister kendisinden daha kalitesiz veya daha kaliteli ile karışsın vedî bunun tazminatını öder. Çünkü mudi böyle bir şeye razı olmuş değildir. Ancak Malikîler şöyle demektedir: Eğer karıştırma misli ile olmuşsa -meselâ buğdayın veya dinarların

---

1- *el-Mebsût,* XI, 110; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 92; *el-Bedâyi',* VI, 213; *İbni Âbidîn,* IV, 519 *Mecmau'd-Damânât,* 83 vd., 87.

2- Bu hadisi Ahmed, Ebu Dâvud ve Neseî, *el-Hasen*'den o da Semura'dan rivayet etmişlerdir. Semura dedi ki: *"Resulullah (a.s.) şöyle buyurdu: "Her kim bizzat kendi malını bir adamın yanında bulacak olursa o, herkesten çok onda hak sahibidir. Satıcı sattığı kimseyi takip eder."* Bir diğer lafız da şu şekildedir: *"Birisinden bir mal çalınır veya onu yitirirse sonra onu bir başka kişinin elinde bulursa o mal üzerinde o daha çok hak sahibidir. O takdirde müşteri satandan kıymetini geri alır."* Ahmed ve İbni Mâce rivayet etmiştir. *Neylu'l-Evtar,* V, 240. [Hadisin sonradan aktarılan lafzı, birinci hadisin manasını açıklamaktadır. Buna göre her hangi bir kimse gasbedilmiş, çalınmış veya kaybolmuş malını bizzat bulacak olursa, o malını almaya kendisi daha çok hak sahibidir. Bu malı başkasından satın almış olan kişi de satın alırken ödediği kıymeti o kişiden geri alır. Hattâbi bu hüküm gasbedilmiş ve buna benzer malların her hangi bir kişide bulunması halinde mahkemede onun hakkında dava açabileceğini, malını ondan alabileceğini, kendisinden mahkeme kararıyla bu malın alındığı kişinin de ona bu malı satandan bedelini tahsil edebileceğini ifade etmektedir. *Avnu'l-Ma'bûd,* el yazmasından tıpkıbasım, Beyrut, tarihsiz; III, 313. -Çeviren-]

3- *İbni Nuceym,* II, 67; *Fethu'l-Kadîr,* V, 27.

kendi misilleri ile karıştırılması hâlinde olduğu gibi- vedî bu karıştırmayı muhafaza altına almak, korumak ve iyilik yapmak maksadı ile yapmışsa tazminatını ödemez, değilse öder.

Dirhemlerin dinarlara yahut da kalitelinin kalitesize karıştırılması hâlinde olduğu gibi, eğer vedia ile başkasını birbirinden ayırmak mümkün olursa o vakit vedî hiç bir şekilde tazminat ödemez. Ancak bu karıştırma sonucu kıymette bir eksiklik söz konusu olursa Şafiîlerle Hanbelîlere göre tazminat öder [1].

7- Vedianın muhafaza edilmesi hususunda mudinin şartına muhalefet etmek: Mudinin vedî'a vediayı ev, mesken veya sandık gibi belirli bir yerde muhafaza etmesini şart koşup onun da özürsüz olarak bir başka yere nakletmesi durumunda Hanefîlerle onların dışında kalan imamlar şöyle demektedir:

Eğer koruma itibarıyla sözü geçen yerden daha az korumalı bir yere taşıyacak olursa, tazminat öder. Eğer koruması itibarıyla önceki yere benziyor veya ondan daha sağlam olan bir yere nakletmiş ise tazminat ödemez.

Ona belirli bir yerde vediayı korumasını emredip de başka yerde korumasını yasaklaması meselâ ona: "Bu emaneti bu evde muhafaza et, bir başka evde muhafaza etme" demesi durumunda Hanefîler, Malikîler ve Şafiîler şöyle demişlerdir: Emaneti başka bir eve nakleder bu ev koruma bakımından birinci eve benzer veya ondan daha emin olursa tazminat ödemez. Çünkü böyle bir kaydın hiç bir faydası yoktur. [2] Şayet bir beldeden bir başkasına taşıyacak olursa, Malikîlere göre, tazminat öder.

Hanbelîler mezheplerinde ercah görüşlerinde şöyle demişlerdir: Tayin edilen mekâna ister benzer olsun ister daha aşağı veya daha üstün olsun tazminat öder. Çünkü o her hangi bir fayda veya maslahat söz konusu olmaksızın emanet sahibinin isteğine muhalefet etmiştir. Vedia sahibinin o yeri tayin etmekteki maksadına aykırı hareket etmek, zaruret olmadığı takdirde caiz değildir. Ancak o yerde emanetin zarar göreceğinden korkarsa onu taşımak görevidir. Orda bırakıp telef olmasına sebep olursa, tazminat öder. Çünkü emanet sahibinin başka bir yere taşınmasını yasaklamasından maksadı, onu muhafaza etmektir. Bu durumda o maksat gerçekleşmektedir. Dolayısıyla bu takdirde onun bu davranışı emaneti bir başka yere taşınmasını yasaklamaması hâline benzemektedir [3].

Vedianın sahibi vedîye: "Hanımına bu emaneti teslim etme" dese o da bunu

1- *Haşiyetü'd-Desukî,* III, 420; *Muğni'l-Muhtâc,* III, 89; *el-Mühezzeb,* I, 361; *el-Muğnî,* VI, 38: 387.

2- *el-Mebsût,* XI, 121; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 97; *Mecmau'd-Damânât,* 69 vd.; *el-Bedâyi',* VI 210; *Haşiyetü'd-Desukî,*III, 423; *eş-Şerkâvî,* II, 99; *el-Mühezzeb,* V, 359 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II 84-86.

3- *el-Muğnî,* VI, 387 vd.

hanım teslim etse ve telef olsa, Hanefîlere göre, tazmin etmez; çünkü teslim etmemesine imkân yoktur. Zira o evin dışına çıktığı takdirde evde olanlar da, evin kendisi dezevcesine teslim edilir. O bakımdan faydalı ve yerinde olsa dahi böyle bir şarta riayet etmekle birlikte emaneti korumasına imkân yoktur [1].

Buna göre, Malikilerce [2] vedianın tazminatının ödenmesini gerektiren sebeplerin altı tane olduğu ortaya çıkmaktadır:

1- Mazeretsiz olarak vediayı vedîden başkasının yanına emanet bırakmak. Bu emanetten sonra onu geri alsa ve bundan sonra kaybolsa dahi yine durum böyledir.

2- Bir evden bir başka eve taşımanın aksine, vediayı bir beldeden bir başka beldeye taşımak.

3- Buğdayın arpaya karıştırılması gibi misli olmayan şeylere ayırt edilmesine imkân vermeyecek şekilde vediayı karıştırmak. Şayet ayrılması mümkün olabilecek bir şeye karıştırırsa tazminat ödemez.

4- Vediadan faydalanmak. Elbiseyi giymek veya bineğe binmek vs. şekillerinde yararlanırken telef olsa, tazmin eder. Aynı şekilde dinar veya dirhem ödünç alsa yahut da ölçülen veya tartılan şeyleri ödünç alsa onlarda tasarruf ederken bunlar telef olsa, yine hüküm aynıdır.

5- Emaneti kaybolacak yere bırakmak veya olduğu yeri hırsıza göstermek gibi bir şekille kaybolmasına veya telef olmasına sebep olmak.

6- Meselâ, üzerini kilitlememesini emrettiği hâlde o üzerini kilitleyerek koruma keyfiyetine aykırı hareket ederse, tazminat öder.

Şafiîler de bu konuda Malikîlere yakın görüş belirtmişlerdir. [3] Onlara göre de tazminat ödemenin altı sebebi vardır:

1- İzinsiz ve mazeretsiz olarak vediayı başkasının yanına emanet bırakmak.

2- Korunduğu yere benzer olmayan bir yere bırakmak.

3) Koruması daha az olan bir yere taşımak.

4- Emaneti kabul etmekle birlikte onu korumak için yapması gereken şeyleri ihmal etmek. Hayvanın yemini vermeyip ölümüne sebep olmak hâlinde olduğu gibi.

5- Emredildiği şekilde muhafaza etmemek ve bundan dolayı telef olması.

1- el-Kitâb ma'a'l-lübâb, II, 200.
2- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 374.
3- *Tuhfetü't-Tullâb*, 167.

6- Ondan yararlanmak. Mal sahibinin maksadı dışında elbiseyi giymesi veya bineğe binmesi halinde olduğu gibi. Haddini aştığından dolayı tazminat öder. Aynı şekilde ona yapılacak her türlü tecavüzlerin de tazminatını öder. Faydalanmak veya başka bir sebep dolayısıyla tazminatının ödenmesi gerektiği takdirde, ondan sonra bu emanete hıyaneti terkedecek olsa mal sahibi yeniden ona emanet aktini gerçekleştirmediği sürece (tazminat ödemekten) kurtulamaz.

Hanbelîlere göre: [1]. Vedia aşağıdaki sebepler dolayısıyla tazmin edilir:

1- Özürsüz yere onu başkasının yanına emanet bırakmak,

2- Onu korumakta ihmal göstermek veya bulunduğu yeri bir hırsıza belirtmek,

3- Üzerine ittifak edilen koruma şekline -koruma açısından onun gibi olsa dahi- muhalefet etmek,

4- Ayırt edilemeycek şekilde başkasına karıştırmak.

5- Ondan faydalanmak. Bu emanete ihanet ettiği takdirde yeni bir akit olmaksızın tekrar o, emanet (vedia) olmaz.

6. Vediaya Dair Bazı Hükümler:

Malikîlerden İbni Cüzey, vediaya dair fer'î bir takım hükümler kaydetmiştir. Bu hükümler şöyledir [2]:

1- Vedia ile ticaret: Vedia malı ile ticaret eden kimseye bundan dolayı sağladığı kâr helâldir. Ebu Hanife bu kâr sadakadır, derken bazı kimseler de bu kâr mal sahibine aittir demişlerdir.

2- Vedianın borç verilmesi: Vediayı borç veren kişi eğer bu bir *ayn* ise mekruh olur. İmam Eşheb onun karşılığını ödeyebilecek ise, caiz kabul etmiştir. Eğer mal ise caiz değildir. Yiyecek şeyler gibi ölçülen veya tartılan türden olursa "Acaba yiyecekler nakitler gibi mi değerlendirilir, mallar gibi mi değerlendirilir" konusunun teferruatı ile ilgili hükümler açısından iki görüş vardır.

3- Vedia konusunda ihtilâf: Eğer vedîden vedia istenir o da telef olduğunu ileri sürerse, yemini ile birlikte sözü kabul edilir. İade ettiğini söylerse yine hüküm böyledir. Ancak vediayı bir delil ile kabzetmiş ise onun, geri ödediğine dair iddiası beyyine olmadıkça kabul edilmez. İbnü'l-Kâsım, Ebu Hanîfe ve Şafiî "İsterse beyyine (delil) ile kabzetmiş olsun, onun sözüne itibar edilir." demişlerdir.

4- Vediayı koruma karşılığında ücret istemek: Eğer vedî vediayı koruma karşılığında ücret isteycek olursa, onun böyle bir hakkı söz konusu olmaz. Ancak evini işgal edecek türden bir emanet olursa, kirasını alabilir. Şayet korumak kilit gibi

1- *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 269-272; *el-İfsâh*, 268 vd.
2- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 374 vd.

şeyleri gerektirecekse olursa bunları karşılamak da vedia sahibine aittir.

5- Emanetinin inkâr edilmesi sebebiyle onun da kendisindeki benzer başka bir emaneti inkâr etmesi: Bir kişi bir başkasının yanında bir emanet bıraksa, o kişi ihanet edip emaneti inkar etse, daha sonra bu kimse ilk emanet bırakan kişide bıraktığı emanetine benzer bir emaneti korumasını istese ilk emanet bırakan bu emaneti inkâr edebilir mi? Malikîlerde meşhur olan görüşe göre edemez. Zayıf görüşe göre mekruhtur, mübah olduğu da bir başka zayıf görüşte belirtilmiştir.

İARE (ÖDÜNÇ)

1. İare'nin Tarifi ve Meşruiyeti

Tarifi: El-âriyye: "Ya" harfinin şeddesi ile okunur. Şeddesiz de okunabilir. Lakin şeddeli okunması daha fasih ve daha yaygındır. Âriye, iâre olarak verilen eşyanın veya âriyet akdinin adıdır. "Gidip-gelmek" manasına: âra fiilinden alınmıştır. "Tedâvül" veya Tenâvüp= nöbetleşme" anlamına gelen "Teâvür" kelimesinden alındığı da söylenir. Cevherî der ki: "Sanki utanılacak şey anlamına gelen (âr) kelimesine nisbet edilmiş gibidir. Çünkü ariyet istemek ayıp ve utanılacak bir şeydir." Ancak onun bu açıklamasına, bizzat Peygamber (a.s.)'in bu işi yapması ile itiraz edilmiştir. Eğer bu iş bir kusur ve ayıp olsaydı o bunu yapmazdı. [1]

Serahsî ve Malikîler, iareyi şöylece tarif ederler: "İare menfaatin bedelsiz olarak temlik edilmesidir. Ona "iare" denilmesinin sebebi, bedelden mütearri (soyunmuş, uzak kılınmış) olmasındandır." [2] Şafiîlerle Hanbelîler ise [3] şöylece tarif etmektedirler: "İare, bedelsiz olarak menfaatin mübah kılınmasıdır." Buna göre iare, menfaatler hakkında söz konusu olması itibarıyla hibeden farklıdır. Hibe bizzat malın *ayn*'ı hakkında söz konusudur. Yapılan bu iki tarif arasındaki fark şudur: Birinci tarif temlik ifade etmektedir. Müstair (iare alan) bir şeyi başkasına da iare verebilir. İkincisi ise mübahlığı ifade etmektedir. Dolayısıyla onun bir şeyi başkasına iare verme veya onu icareye verme (kiralama) yetkisi yoktur.

Meşruluğu: İare, teşvik edilmiş, Allah'a yakınlaştırıcı bir ameldir. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"Birr ve takva üzere yardımlaşınız."* (Mâide, 2) Müfessirlerin büyük çoğunluğu ise yüce Allah'ın: *"Mâ'ûn'u da men ederler."* (Mâ'ûn, 7) âyetini, komşuların birbirlerinden ödünç olarak aldıkları kova, balta, iğne ve benzeri şeyler diye açıklamışlardır. [4] Buharî ve Müslim'de yer alan rivayete göre

---

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 263; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 99 vd.; *İbni Âbidîn* IV, 524.

2- *el-Mebsût,* XI, 133; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 373.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 264; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 67.

4- *Muğni'l-Muhtâc,* a.y.; *el-Mühezzeb,* I, 392 vd.; *el-Muğnî,* V, 203.

Peygamber (a.s.) Ebu Talha'dan iare olarak bir at almış ve ona binmiştir. [1] Ebu Dâvud'un *ceyyid* bir isnatla kaydettiği rivayete göre: *"Peygamber (a.s.) Safvân b. Ümeyye'den ödünç olarak bir takım zırhlar almış o: "Bunları gasbederek mi alıyorsun, ya Muhammed!" diye sorunca şöyle cevap vermiştir: "Hayır gerekirse tazminatı ödenecek ariyet ödünç olarak alıyorum."*[2]

2. İarenin Rüknü ve Şartları

Rüknü: Hanefîlere göre iarenin rüknü, muîr (ariyet veren)in icabından ibarettir. Müstaîr (ariyet alan)ın kabulü ise, Hanefîlerin cumhurunun görüşüne göre, istihsanen rükün değildir. Kıyasa göre ise, rükün olması gerekir. Bu, hibede de olduğu gibi İmam Züfer'in görüşüdür. O kadar ki, bir kimse filan kişiye ariyet vermemek üzere yemin etse ve ariyeten (ödünç olarak) ona bir şey verse fakat karşı taraf kabul etmese, Hanefîlerin cumhuruna göre yeminini bozmuş olduğu hâlde, hibede de geçtiği üzere- Züfer'e göre bozmuş olmaz.

İcap, muirin: "Ben sana bu şeyi iare (ödünç) olarak verdim" yahut da: "Sana bu elbiseyi, bu evi meniha olarak verdim" veya: Bu araziyi sana (meyvesini) veriyorum" demesi gibi ifadelerle gerçekleşir. Bu sözlerdeki icapta iare lafzı sarihtir. Minha (meniha olarak vermek) ise, insanın bir süre kendisinden yararlanacağı bir bağıştır. Daha sonra bunu asıl sahibine iade eder. Ariyetin manası da budur. Araziye izafe edilen ise, ondan ziraat yoluyla alınacak mahsulleri, yani menfaatlerini bedelsiz olarak vermektir. Bu, örf ve âdete göre böyledir; ariyetin manası da budur.[3]

1- Bu hadisi Ahmed, Buharî ve Müslim, Enes b. Mâlik'ten rivayet etmişlerdir: *"Dedi ki: "Medine'de korku verici bir durum olmuştu. Peygamber (a.s.) "el-Mendûb" adındaki atını Ebu Talha'dan ödünç olarak aldı. Geri döndüğünde şöyle buyurdu: "Her hangi bir şey görmedik. Biz bu atı (oldukça geniş adımlı) deniz gibi gördük." Neylü'l-Evtâr,* V, 299.

2- Bu hadisi Ebu Dâvud, Neseî ve Ahmed rivayet etmiştir. Hakim de *sahih* olduğunu belirtmiştir: *"Safvân b. Umeyye'den rivayete göre Peygamber (a.s.) Huneyn günü kendisinden bir miktar zırhı ariyet olarak almıştır. O: "Gasp olarak mı alıyorsun, ey Muhammed?" diye sormuş; Hz. Peygamber de: "Hayır, tazminat garantisi ile ariyet olarak alıyorum" buyurmuştu. Derken onlardan bazıları kayboldu. Peygamber (a.s.) kendisine kaybolan zırhların tazminatını ödemeyi teklif edince şöyle dedi: "Ben artık İslâma girmeyi arzu ediyorum."* Bu hadisi destekleyen İbni Abbâs'tan gelen *sahih* bir rivayet vardır; lafzı şöyledir: *"Aksine; sana tastamam ödenecek bir ariyet olarak alıyorum."* Ayrıca bunu Dârekutnî rivayet etmiştir ki, ondan sonra da Beyhakî, İshâk b. Abdulvâhid'den rivâyet etmiş olup hadisi *metrûk* birisidir. Yine Hâkim, Hz. Câbir'den rivayet etmiş ve bunların gerekli diğer techizatı ile birlikte yüz zırh olduğunu söylemiştir. Ebu Dâvud'un rivayetine göre, zırhlar otuz ile kırk arasında imiş. Hadisin Ebu Dâvud ve Neseî'nin *Sünen*'lerinde *mürsel* başka rivayet yolları da vardır. *Câmiu'l-Usûl,* IX, 109; *Nasbu'r-Râye,* IV, 116; *et-Telhisu'l-Habîr,* 252; *Neylü'l-Evtâr,* V, 299; *Sübülü's-Selam,* III, 69. "Tazminat garantisi altında" lafzı ile "tastamam ödenmek üzere" lafzı arasındaki fark şudur: Birincisinde telef olursa kıymeti tazminat olarak ödenir, ikincisinde ise ayn'ı kaldığı takdirde geri ödenir; fakat telef olursa, kıymeti tazminat olarak ödenmez.

3- *el-Bedâyi,* VI, 214.

Şafiîler esah olan görüşlerine göre muirin veya müstairin akit sigasında: "Sana iare olarak verdim" veya: "Bana iare olarak ver" gibi lafızların varlığını şart görmüşlerdir. Çünkü başkasının malından yararlanabilmekte mal sahibinin izni aranır[1].

Cumhura göre iarenin rükünleri [2] dörttür: Muir (iare veren), müstair (iare alan), muâr (iarenin kendisi) ve siga. Siga ise menfaatin bağışlandığına delâlet eden her türlü söz veya fiildir.

Şartları: Fakihlere göre iarede aşağıdaki şartlar aranır:

1- Muirin akıllı olması. Deli ve aklı ermeyen küçüğün iare vermesi sahih değildir. Hanefîlere göre bülûğ şart değildir. Başkalarına göre ise muirin (iare verenin) teberru ehliyetine sahip ve ihtiyar sahibi olması şartı aranır. Çünkü ariyet menfaatin kullanılmasının mübah kılındığını belirten bir bağıştır. Dolayısıyla çocuk, bunak (sefih), müflis ve cebir altında bulunan kişi gibilerin teberrusu sahih değildir.[3]

2- Müstairin kabzetmesi: Çünkü iare bir teberru aktidir. Hibede olduğu gibi kabzolmaksızın ariyetin hükmü sabit olmaz.

3- Müsteârın (iare olarak alınan şeyin) telef edilip tüketilmesi söz konusu olmaksızın kendisinden yararlanılabilecek türden olması. Aksi takdirde onun iare edilmesi sahih olmaz. [4]

İlim adamları, varlığı kalmakla birlikte kendisinden yararlanılabilen her bir ayn'da iare aktinin sahih olduğunu belirtmişlerdir. Ev, arazi, elbise, binek ve diğer hayvanlar ile kendilerinden yararlanma ve kullanılmaları mübah olan ayn'ı ile bilinen her şey böyledir. Buna göre kendilerinden yararlanmak için cariyelerin başkasına iare olarak verilmesi caiz değildir. Hizmet etmeleri için de iare olarak verilmeleri mekruhtur. Ancak mahrem bir akraba bundan müstesnadır. Çünkü cariyenin hizmete verilmesi hâlinde, onunla başbaşa kalınıp ilişki kurulmasından yana emin olunamaz [5]. Harbî olan kimseye silah ve atın ariyet olarak verilmesi haramdır. Kâfire Mushaf ve ona benzer şeylerin, ihramlı kimseye avın ariyet olarak verilmesi de haramdır. [6]

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 266.

2- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 373; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 264; *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 227; *Keşşâfü'l Kınâ,* IV, 67.

3- a.g.e.

4- *el-Bedâyi,* a.y.

5- *el-Mühezzeb,* I, 363; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 373.

6- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 276.

3. İare Aktinin Hükmü

İare hükmünün aslı:

Ariyet ismi örfte hakikat ve mecaz olmak üzere iki şekilde kullanılır. Hakikat şeklinde mutlak olarak kullanılması bizim burada üzerinde duracağımız husustur ki, o da kendilerinden yararlanılan aynların varlıkları devam etmekle birlikte iare olarak verilmesidir. Malikîlerle Hanefîlerin cumhuruna göre bunun hükmü müstairin o ayn'ın menfaatine bedelsiz olarak malik olması veya örfen ve âdeten o menfaate bağlı olan şeye malik olmasıdır. (1)

el-Kerhî ile Şafiîler ve Hanbelîler şöyle der: İarenin gereği, ayn'dan yararlanmanın mübah olmasıdır. Dolayısıyla bu mübah kılma, bir ibaha aktidir. (2) Bunlara göre iare aynî malların ayn'ında yararlanmanın mübah kılınmasıdır. Her iki grup arasındaki görüş ayrılığının sonuçları şudur: Birinci gruba göre müstairin ariyeten almış olduğu şeyi başkasına da iare etmesi caizdir. İsterse asıl malik, eğer kullananın değişmesi ile bir değişiklik olmuyor ise, izin vermemiş olsun. Ancak Malikîler şöyle demektedir: Müsta'ir eğer başkasına iare vermesini yasaklarsa, muirin başkasına iare vermesi caiz olmaz.

Hanefîlerin delili: Mu'ir, müstairi (ödünç alanı) menfaatleri elde etme konusunda yetkili kılmıştır. Bu şekilde yetki vermek bir temliktir, ibaha değildir; tıpkı aynlarda olduğu gibi. Temlikin gereği ise müstairin ariyetten faydalanırken bizzat veya başkası vasıtası ile tasarrufta serbest olmasıdır.

İkinci gruba göre ise müstairin ariyet aldığı şeyi, başkasına da ariyet olarak vermesi caiz değildir. Çünkü iare, menfaatin mübah kılınmasıdır.

Her iki grup da şunun üzerinde ittifak etmişlerdir: Müstair, iare olarak aldığı şeyin ayn'ını icareye (kiraya) veremez. İkinci gruba göre bunun sebebi şudur: Ariyet sadece menfaatleri mübah kılar; kişinin ariyet aldığı şeye malik olması manası yoktur. Birinci gruba göre bunun sebebi ise şudur: Müstair icareye verme imkânını elde etmez. Çünkü bu lâzım (bağlayıcı) bir akittir. İare ise bir teberru akti olup caizdir, lâzım değildir. Dolayısıyla bu akitle lâzım olan şeye malik olunamaz. Bu da iarenin tabiatının değişik olmasını gerektirir. Aynı şekilde müstair (ödünç alan), ariyet olarak aldığı şeyi rehin olarak veremez. Çünkü her hangi bir şey kendisinden daha fazla olan bir şeyi ihtiva edemez. (3)

İarenin mecazen kullanılmasına gelince: Bu, ölçülen, tartılan veya taneleri birbirine yakın ceviz, yumurta gibi *mütekarip madud*'ların ve tüketilmedikçe ken-

---

1- *el-Mebsût*, XI, 133; *el-Bedâyi*, VI, 214; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 98, 106; *İbni Âbidîn*, IV 524; *Desûkî*, III, 433.

2- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 264; *el-Mühezzeb*, I, 364; *el-Muğnî*, V, 209.

3- Vedia ise ne kiraya verilir, ne rehin verilir; ne başkasına emanet bırarılır, ne de ödünç verilir. *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, IV, 525.

dilerinden yararlanma imkânı olmayan dirhem ve dinarların iaresi gibi şeylerin iare edilmesidir. Bu gibi mecazî iare hakikatte bir borçtur. İare alanın bunların mislini veya kıymetlerini ödemesi gerekir. Bunlara ancak mecazen "iare" denilir. Çünkü bu gibi şeylerden onları tüketmedikçe yararlanmaya imkân yoktur ve ancak onların aynlarını kullanmakla onlardan yararlanılabilir. Durumları hakikaten iareden farklıdır. Çünkü hakikaten iarede akit, ayn'ın üzerinde değil, menfaat üzerinde cereyan etmektedir. İare, menfaatin temliki veya menfaatin mübah kılınması demektir, desek de yine bu açıdan bir fark yoktur. [1]

Ariyetten faydalanma hakları:

Hanefîlerin dışında kalan cumhur, müstairin verilen izne göre ariyetten yararlanma hakkı vardır, demişlerdir.

Hanefîler ise, iare aktinin müstaire verdiği haklar, iarenin mutlak veya mukayyet oluşuna göre farklılık gösterir, demişlerdir.

Mutlak iare: Kişinin yaptığı akitte ariyet olarak aldığı nesneyi kimin vasıtasıyla veya nasıl kullanılacağını beyan etmemesidir. Meselâ, bir kimsenin bineğini bir başkasına ariyet olarak verip her hangi bir yer ve zaman zikretmeyip binmek için mi, yük taşımak için mi kullanılacağını belirlememesi hâli buna örnektir. Bunun hükmü şudur: Müstair bu durumda mal sahibi makamındadır. Mal sahibi ondan ne şekilde yararlanabiliyor ise müstair de ondan öylece yararlanabilir. Bu bineği dilediği her hangi bir zaman veya mekânda kullanabileceği gibi, binebilir veya yük taşıyabilir; başkasının binmesine de müsaade edebilir. Çünkü mutlak olanda kaide, onu mutlak hâli üzere bırakmaktır. Malın sahibi ise, ariyetten yararlanmayı mutlak olarak temlik etmiştir. Ancak böyle bir bineğe mutad şeklin üzerinde yük yükleyemez, benzeri bineklerin kullanılmayacağı bir şekilde gece ve gündüz onu kullanamaz. Şayet bunu yapacak olur ve hayvanda her hangi bir kusur doğarsa, tazmin eder. Çünkü mutlak olan akit, -icarelerde olduğu gibi- nas ile nasıl kayıtlanıyor ise örf ve âdet ile de zımnen kayıtlıdır. [2]

Mukayyet iare: Zaman ve yararlanma konularında aynı anda mukayyet olması veya bunlardan herhangi birisi ile mukayyet olması şeklinde olur. Hükmü ise, mümkün olduğu kadar kayda riayet etmektir. Çünkü mukayyette aslolan, o konuda kaydı nazar-ı itibara almaktır. Her hangi bir fayda olmadığı veya buna benzer sebepler dolayısıyla nazar-ı itibara alınamayacağı hâller müstesnadır. O takdirde kayıt yok gibi (lağv) kabul edilir. Çünkü sınırlama böyle bir durumda abes bir şeydir. [3] Bu konuyu biraz daha açıklayalım:

1- *el-Bedâyi,* VI, 215; *el-Mebsût,* XI, 145; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 108; *Mecmau'd-Damânât,* 55; *el-Kitab ma'al-Lübâb,* II, 203.

2- *el-Mebsût,* XI, 144-145 *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 107; *İbni Âbidîn,* IV, 527; *Mecmau'd-Damânât,* 57 vd.

3- *el-Bedâyi,* VI, 215-216; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 107 vd.; *İbni Âbidîn,* IV, 527; *el-Mebsût,* XI 137 vd.; *Mecmau'd-Damânât,* 60 vd.

Ariyeti bizzat kendisi kullanmak üzere kayıtlarsa: Eğer binmek ve giyinmek gibi, insanlar arasında kullanımda farklılık doğan türden ise, yalnız kendisi kullanır, başkasını bindirmesi veya elbiseyi başkasına giymek üzere vermesi caiz olmaz.

İnsanların değişmesi ile değişiklik göstermeyen aynlarda: Evde oturmak gibi durumlarda olduğu gibi kullanmada farklılık olmuyorsa evde başkasını oturtabilir. Çünkü akit ile mülkiyete alınan şey, meskende oturmaktır. Âdeten bu konuda insanlar arasında farklılık da olmaz. Dolayısıyla böyle bir durumda onun sakin olma kaydının bir faydası olmaz; böyle bir kayıt lağiv olur. Ancak sakin olmak üzere demirci veya çamaşırcı [1] ve buna benzer binayı tahrip eden kimselere verme hakkı yoktur ve kendisi de bizzat bu işleri yapamaz. Çünkü âdeten iare veren kişi, buna razı olamaz.

Mal sahibi zaman veya mekânı sınırlar, o da bu mekânı aşar veya belirtilen zamandan fazla kullanırsa, tazminat öder. Çünkü böyle bir tahsisin faydası vardır.

Taşınacak şeyin miktar ve cinsini sınırlar da o bineğe o kadarını ve fazlasını yükleyecek olursa, fazla yük miktarının tazminatını öder. Bineğe bizzat kendisi binmekle birlikte, başkasını da terkisine alır ve hayvan telef olursa, eğer hayvan her ikisini birlikte taşıyabilecek durumda idiyse, bineğin kıymetinin yarısını tazminat olarak öder. Çünkü o sadece yarı miktarında ona muhalefet etmiştir. Şayet binek her ikisini birlikte taşıyamıyor ise, bütün kıymetini tazminat olarak öder, çünkü o bu hayvanı telef etmiştir.

Akitte belirlenen cinsten farklı bir şeyi bineğe yük olarak vuracak olursa, şayet ağırlık itibarıyla onun gibi veya daha hafif olursa tazminatını ödemez, daha ağır olursa tazminatını öder.

Vurduğu yük ağırlık ve tartı itibarıyla akitte tayin edilen miktar gibi olursa; meselâ üzerine yüz rıtıl pamuk yüklemek üzere bir bineği ariyeten alır, fakat onun üzerine aynı ağırlıkta demir yüklerse tazminatını öder. Çünkü demirin ağırlığı bineğin sırtında belli bir yerde toplanır. Pamuğun ağırlığı ise bütün sırtına ve bedenine dağılır. Dolayısıyla demirin bineğe vereceği zarar, daha fazla olur. Daha az olan zarara razı olmak ise daha fazla zararlara razı olmak demek değildir.

Şayet yük akitte belirlenen miktarlardan daha ağır olup, akitte sözü geçen türden olursa, fazlalık miktarını tazmin eder; eğer farklı türden olursa, kıymetin bütününü tazmin eder.

Şayet muir ile müstair ariyetin müddetinde veya yükün mikdarında ya da mekânda ihtilâf ederlerse, muirin sözü kabul edilir. [2] Çünkü ariyetten faydalanma iznini veren muirdir. Dolayısıyla faydalanma türünün belirlenmesinde onun sözü

1- *Kassâr:* Elbiseleri temizleyen ve onları beyazlaştıran kimse demektir.
2- *el-Mebsût,* XI, 143.

kabul edilir. Müstair ise faydalanma şeklinin arzu ettiği türde olduğunu iddia eder, muir bunu reddederse, yemini ile birlikte müstairin sözü muteberdir.

İare hükmünün niteliği:

Hanefî, Şafiî ve Hanbelîler'e göre: Müstairin lehine sabit olan mülkiyet, gayr-i lâzım bir mülkiyettir. Çünkü bu mülkiyetin karşılığında bir bedel olmadığından lâzım bağlayıcı olmaz. Tıpkı hibede sabit olan mülkiyet gibi. Dolayısıyla muir (ariyet olarak veren)in, iareden rücu etmesi (vazgeçmesi) caizdir. Aynı şekilde müstairin de dilediği her hangi bir vakitte onu geri verme hakkı vardır. İare ister mutlak olsun, isterse her hangi bir vakit ile sınırlandırılmış olsun, değişen bir şey olmaz. Şu kadar var ki, muir, iare alan kimseye, ariyetini geri istemesi halinde zarar görecek herhangi bir iş için izin vermemiş veya ariyet lâzım özelliğini taşımamış olmalıdır. Meselâ, ölüsüne saygı duyulan bir cenazeyi defnetmek üzere ariyeten arazi vermiş ise, muirin ölünün defnedildiği ve müstairin geri verme imkânı olmayan yerde rücu etmesi (ariyetini geri istemesi) defnedilenin toprak olmak suretiyle eseri kayboluncaya kadar caiz değildir. [1] İddet bekleyen bir kadının oturması için ariyet olarak bir yer istiare etmiş kimseden muirin o yeri de geri istemek hakkı yoktur.

Delilleri şudur: Ariyet Hz. Peygamberin şu buyruğu dolayısıyla caiz bir akittir: *"Minhâ geri verilir, ariyet de tastamam ödenir."* [2]

Meşhur olan görüşlerinde Malikîler şöyle demektedir: Kendisinden faydalanmadan önce muirin ariyeti geri isteme hakkı yoktur. Eğer ariyet belirli bir süre için verilmiş ise, bu süre bitmeden muirin rücusu caiz olmaz. Eğer süre belirlenmemiş ise, muirin benzeri ariyet için faydalanılabilecek bir süre olarak kabul ettikleri süreye bağlı kalması gerekir. ed-Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*'de şöyle demektedir: "Tercih edilen görüş şudur: Muir mutlak iareyi ne zaman dilerse geri isteyebilir."[3]

Böylece anlaşılmaktadır ki, Malikîler, mutlak ariyetten rücuyu (vazgeçmeyi) uygun görmekle birlikte, şart veya örf ya da âdet ile mukayyet olan ariyette rücuyu kabul etmemektedirler.

Her iki kesim arasındaki görüş ayrılığının sebebi, ariyette bulunan lâzım ve

---

1- *el-Bedâyi,* VI, 216; *el-Kitab ma'a'l-Lübâb,* II, 202; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 270; *el-Mühezzeb,* I, 363 *el-Muğnî,* V, 211; *Tuhfetu't-Tullâb,* 166.

2- Bu hadisi Ebu Ümâme, Enes ve İbni Abbâs'tan rivayet edilmiştir. Ebu Ümâme'nin rivayetini Ebu Dâvud ve Tirmizî zikretmiş olup orada: *"Ariyet tastamam ödenir. Minha geri verilir, borç ödenir, kefil ise kefâletini öder"* denilmektedir. Tirmizî *"hasen* bir hadistir" derken, İbni Hibbân, *sahih* olduğunu söylemiştir. Aynı şekilde Ahmed, Ebu Dâvud et-Tayâlisî, Ebu Ya'lâ, Darekutnî, İbni Ebu Şeybe ve Abdürrezzâk da rivayet etmiştir. Enes'in hadisini Taberânî, *Müsnedü'ş-Şamiyyîn* adlı kitabında, İbni Abbâs'ın hadisini de İbni Adiyy *el-Kâmil*'de rivayet etmiştir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 57 *et-Telhîsu'l-Habîr,* 250; *Câmiu'l-Usûl,* IX, 110.

3- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 308; *Desûkî,* III, 439.

gayr-i lâzım akitlere benzer yönlerdir.

Bina yapmak, ağaç dikmek veya ziraat maksadı ile ariyet alınan arazide rücû:

Hanefîlere göre: İare mutlak olduğu takdirde arazinin sahibi olan muir dilediği vakitte onu geri isteyebilir. Çünkü iare gayr-ı lâzım (bağlayıcı olmayan) bir akittir. Müstair de ağaçları sökme ve binaları yıkmaya mecbur edilir. Çünkü bunun terki hâlinde bu, muire zarar verir. Muir bu durumda dikilen ağaçların veya binanın kıymetinden her hangi bir şeyi tazminat olarak ödemez. Çünkü o, akti mutlak bırakmak suretiyle müstairi her hangi bir şekilde aldatmış değildir, müstair kendi kendini aldatmış gibidir. Çünkü o mutlak olan bu akti ebediyete kadar diye anlamıştır.

Şayet iarenin vakti tayin edilmiş ise, yine muir ariyetini geri isteyebilir. Çünkü az önce geçen hadis-i şerifte: *"Minha geri verilir, ariyet de tastamam ödenir."* denilmektedir. Şu kadar var ki, vaktin bitmesinden önce rücu mekruhtur. Çünkü böyle bir davranış, verilen sözde durmamaktır. Ancak binasını yıkmaya, ağaçlarını sökmeye müstairi mecbur tutamaz. O takdirde müstair muhayyerdir: İsterse muire ağaçlarının ve binasının kıymetini ödetir. Çünkü muir ariyet için vakit tayin etmek, sonra da vakitten önce onu çıkarmak istemekle onu aldatmıştır. Şayet muirin arazisine zarar vermiyorsa dilerse ağaçlarını söker, binasını da yıkar. Eğer sökmek zarar veriyorsa, bunu tercih etmek muire aittir. İsterse o dikilen ağaçları ve binayı tazminatını (bedellerini) ödeyerek alır, dilerse de bunların kesilmelerine razı olur.

el-Hâkim eş-Şehid'in *Muhtasar*'ında zikrettikleri bunlardır. Kudûrî ise şöyle demektedir: Muir binanın yıkılması ve ağaçların sökülmesi dolayısıyla eksilen kıymetin tazminatını öder. Çünkü bu durumda müstair aldatılmıştır. Zira muir ona bir vakit tayin etmişti. Zahir olan ahde vefa göstermektedir. Aldatılan ise (aldatıldığı miktarda) kendisine gelecek zararı önlemek için aldatana rücu eder.

Her hangi bir kimse ziraat maksadı ile bir kişiden arazi istiare edecek olsa ekinini biçinceye kadar ondan alınmaz. Ariyet için vakit tayin edilsin veya edilmesin farketmez. Çünkü ekinin belli bir nihayeti vardır. Ekinin, *ecr-i misil* ile kiraya verilerek hasat vaktine bırakılmasında da hem muirin hem de müstairin hakkına riayet edilmiş olur. Ağaç dikmede ise durum böyle değildir, onun bir nihayeti yoktur. Mal sahibinin zararını önlemek için ağaç sökülür. [1]

Malikîlere göre: Râcih olan görüşe göre mutlak olan iarede muir ne zaman isterse vazgeçebilir. Ancak iare şart, örf veya âdet ile kayıtlı ise, sürenin bitmesinden önce rücu caiz değildir. Buna göre bina yapmak veya ağaç dikmek maksadı ile bir arazi iare alsa, orada bina yapıp ağaç dikse, eğer belirli bir süre kaydı yoksa muir

1- *el-Bedâyi,* VI, 217; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 109 vd.; İbni Âbidîn, IV, 527; *el-Mebsût,* XI, 141 vd.; *el-Kitab ma'a'l-Lübâb,* II, 203.

müstairi çıkartabilir ve muir, yaptığı harcamaları ödediği takdirde müstairin binasına ve ağaçlarına sahip olur.

Bu tür kayıtlı iarede ise üzerinde bina yapılıp ağaç dikilmiş olması hâlinde, iarenin süresi bitmeden müstaire yaptığı harcamaları ödemedikçe muirin araziyi geri isteme hakkı yoktur. Şayet bina veya ağaç dikmenin şart koşulmuş veya mutat olan süresi biterse arazi sahibi muhayyerdir: Dilerse müstairden binayı yıkıp ağaçları sökmesini ve araziyi eskiden olduğu gibi düzeltmesini ister, dilerse de -bundan sonra bunların bir kıymetleri olacaksa- binanın yıkılmış, ağaçların da sökülmüş olarak kıymetlerini öder. Bu kıymeti de eğer müstair bu işi bizzat kendisi veya hizmetçileri vasıtası ile yapmayacaksa, (muîr bunları) yıkacak ve araziyi düzeltecek-lere vereceği ücreti düştükten sonra öder. [1]

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: Eğer iare bina yapmak veya ağaç dikmek için olursa müddeti mutlak demektir. Müstair, muir vazgeçmediği sürece araziden faydalanabilir. Müstair bina yaptıktan veya ağaç diktikten sonra muir vazgeçecek olursa, eğer muir akit esnasında ona ağaçları sökmeyi şart koşmuşsa şartı yerine getirmesi lâzım olur; eğer yapmayacak olursa muir onları sökebilir.

Şart koşulmuşsa müstair tarafından kazılmış arazinin tesviyesi gerekir. Koşulmamışsa, hafriyatı tesviye etmesi gerekmez. Çünkü ona ağaçları sökmeyi şart koşarken bu sökme dolayısı ile meydana gelecek kazılmalara razı olmuş demektir. Zira bu gibi işler için ona izin verilmiş oluyor, dolayısıyla meydana gelen eksikliğin tazminatını ödemesi gerekmez.

Şayet ağaçları sökmesini şart koşmamışsa ve müstair sökmeyi tercih ederse söker, muir eksilen kıymeti ödemek durumunda olmaz. Ancak müstair -Şafiîlerdeki esah görüşe göre- araziyi tesviye etmek zorundadır. Hanbelîlere göre ise araziyi tesviye etmesinin lüzumu ihtimal dahilindedir. Çünkü bu sökme, onun tercihi ile meydana gelmiştir. Sökmeyecek olsaydı, buna mecbur tutulmazdı. Dolayısı ile istiare olarak almamış olduğu araziyi tahrip etmesi hâlinde olduğu gibi, hafriyatı tesviye etmesi gerekir. Ancak Hanbelîlerden Kadı Ebu Ya'lâ hafriyatı tesviye etmesinin gerekmediğini zikretmiştir. Çünkü muir, o kişinin diktiği ağaçları sökme hakkına sahip olduğunu bilmekle birlikte arazisini ona iare ettiğinden buna razı olmuştur. Hanbelîlerdeki esah olan görüş de budur.

Şayet müstair ağaçları sökmeyi seçmeyecek olursa, muir de onları *ecr-i misil* mukabilinde bırakmak veya onları söküp dikili ve sökülmüş hâlleri arasındaki kıymet eksikliği kadarının tazminatını ödemek arasında muhayyerdir.

Şayet bu iare, bina veya ağaç dikmek ya da başka şey için olup da süresi belirsiz bulunursa muirin yine rücu hakkı vardır. Eğer rücu eder veya müddet biterse, mutlak iarede sözü geçen aynı hükümler, yani sökmenin şart koşulması veya koşul-

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 309; *Desûkî,* III, 439; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 373.

maması ile bunların etkilerine dair sözü geçen hükümler tatbik edilir.

Bir kişi ziraat maksadı ile bir araziyi ariyet olarak verirse ekmediği sürece rücu edebilir. Ektiği takdirde hasat vaktine kadar rücu etme hakkına sahip değildir. Bu vakte kadar ekini bırakmak zorundadır. Şayet muir hasat vaktinden önce vazgeçecek olursa müstairin rücu anından hasat vaktine kadar ecr-i misil ödemesi gerekir. (1)

Özet olarak bina veya ağaç dikme maksadıyla iarede, muirin -Şafiî, Hanbelî ve Hanefîlere göre-rücu hakkı vardır. İarenin mutlak veya muvakkat olması arasında fark yoktur. Ziraat için iare hâlinde ise, rücunun tek etkisi muire rücu ile hasat arasındaki süre için ecr-i misil isteme hakkı verilmesidir.

Malikîlere göre ise muir, mutlak iarede rücu edebilir. Mukayyet iarede ise akdin süresinin bitiminden önce rücu hakkına sahip değildir. Çünkü böyle bir iare bilinen sürenin bitimine kadar lâzım bir akittir.

4. Ariyetin Durumu

Ariyetin tazminat altında olup olmaması konusunda mezheplerin farklı görüşleri vardır:

Hanefîlere göre: Müstear (ariyet alınan), müstairin elinde kullanma hâlinde de kullanma hâlinin dışında da bir emanettir. Her hangi bir kasıt veya kusuru olmadığı sürece hiç bir hâlde tazminat ödemez. Çünkü müstairden tazminatı gerektirici herhangi bir durum söz konusu olmamıştır. Dolayısıyla onun aleyhine damân (tazminat) gerekmez; vedia (emanet) ve icarede olduğu gibi. Çünkü kişinin bir fiili olmadığı, tazminatım gerektirici bir iş yapmadığı sürece, tazminat ödemesi gerekmez. Çünkü böyle bir kimse başkasının malını korumaktadır. Bu ise mal sahibi için bir iyiliktir. Yüce Allah da: *"İyiliğin karşılığı iyilikten başkası olabilir mi?"* (Rahmân, 60) buyurmaktadır. (2)

Malikîlere göre: (3) Müstair gözden kaybolan (veya edilen yani saklanabilen) şeyin tazminatını ödemez. Bunlar elbise, süs eşyası, sefer halindeki gemi gibi şeylerdir. Bunların kendisinden kaynaklanan bir sebep bulunmaksızın telef oldukларına veya kaybolduklarına dair bir beyyine (delil) olmaması hâlinde hüküm böyledir. Hayvan ve akar gibi kaybedilemeyen (örtülemeyen, saklanamayan) şeyler ile telef olduğuna dair beyyine bulunan şeylerde ise tazminat yoktur. Bu konudaki delilleri şu iki hadisi bir arada ve manaları birbiriyle uyuşacak şekilde ele almalarıdır: *"Peygamber (a.s.) Safvân b. Umeyye'ye: "Aksine (bu zırhları) tazminat garantisi ile ve*

1- *el-Mühezzeb,* I, 364; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 271-273; *el-Muğnî,* V, 212 vd.

2- *el-Mebsût,* XI, 135; *el-Bedâyi,* VI, 117; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VII, 103; *Mecmau'd-Damânât,* 55; *el-Kitab ma'a'l-Lübâb,* II, 202.

3- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 308; *Desûkî,* III, 436; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 373 Metinde biraz sonra gelecek olan iki hadisin kaynakları daha önceden gösterilmiş idi.

ödemek üzere ödünç olarak alıyorum" demiştir. Bir rivayette de *"Ödemek üzere ödünç olarak alıyorum"* demiştir. Diğer hadis ise şudur: *"İhanet eden müstesna, müstaire tazminat ödemek düşmez. Aynı şekilde hainlik etmeyen emanetçiye de tazminat düşmez."* Bu hadiste tazminat, örtülen, saklanabilen şeyler hakkında; ikinci hadiste ise saklanamayan şeyler hakkında kabul edilmiştir. Bu mezhep (görüş) ariyetin emanet olduğu şeklindeki Hanefîlerin görüşüne yakındır.(1)

Şafiîlere göre: Esah kabul edilen görüşe göre ariyet, müstair tarafından hakkında izin verilmemiş şekilde kullanılıp da bu konuda ayrıca bir kusuru bulunmasa dahi telef olduğu takdirde telef olduğu günkü kıymeti mukabilinde tazminat altındadır. Çünkü hadis-i şerifte Hz. Peygamber'in Safvân b. Umeyye'ye: *"Aksine tazminat altında bir ariyettir."* demesi, bunu gerektirmektedir. Diğer taraftan ariyet asıl malikine iade edilmesi gereken bir maldır. Bu sebepten dolayı telef edilmesi hâlinde teslim alınmış, yani satın almak maksadı ile kabzedilmiş şey gibi tazminat altındadır. İzin verilmiş şekilde kullanmakla telef olduğu takdirde ise tazminat yoktur. (2) Çünkü bu telef izin verilmiş bir sebep dolayısıyla meydana gelmiştir. Eğer binek izin verilmiş ağır bir yük vurulduğu için ölürse yahut da izin verilmiş şekilde giydiği elbise tümüyle telef olursa veya orada kullanmak üzere ariyeten (ödünç olarak) alınmış bir öküz su kanalına düşerse; tazminat söz konusu değildir (3) Aynı şekilde müstair rehin olarak bırakmak üzere ariyet aldığı bir şeyi rehin eder ve rehin bıraktığı kimsenin yanında telef olursa yine tazminat ödemez. Şu kadar var ki, borcun türü, miktarı, niteliği ve yanında rehin bırakılacak kimsenin belirtilmesi şarttır.

Hanbelîlere göre: Mezhepte zahir olan görüşlerinde Hanbeliler şöyle demektedirler (4): Ariyet, haddi aşsın veya aşmasın mutlak olarak müstairin aleyhine tazminat altındadır. Bu tazminat miktarı, telef olduğu günkü kıymetidir. Bunun delili ise az önce işaret edilen Safvân b. Umeyye'ye dair olan hadistir. Bu hadise göre Peygamber (a.s.) Huneyn günü ondan bir takım zırhları ödünç olarak almıştır.-Ahmed ve Ebu Dâvud'un rivayetlerine göre- *"Safvân: "Ey Muhammed! Gasbederek mi alıyorsun, bunları?" diye sormuş; Peygamber Efendimiz de: Hayır, tazminat garan-*

1- Malikîlere göre ariyete dair hükümler şöylece özetlenebilir: 1- Tazminat, 2- Kendisine izin verildiği şekilde müstairin yararlanabilmesi, 3- Eğer iare -meselâ bineğin şu yere kadar ariyet olarak verilmesi hâlinde olduğu gibi- belirli bir süre veya belirli bir miktara göre ise, buna riayetin lüzumu gerekir; sahibinin bundan daha erken alması caiz değildir, 4- Eğer müstair "o ariyet idi" der, sahibi ise "hayır kira idi" derse yemini ile birlikte sahibinin sözü kabul edilir. *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 374.

2- *el-Bağdâdî, Mecmau'd-Damânât,* s, 55'de der ki: "(Hanefîlerle Şafiîler arasında) müstairin tazminatı konusundaki ihtilâf noktası ariyetin yararlanuna hâli dışında telef olması halinde tazminat ödenip ödenmeyeceğidir. Ancak yararlanuna esnasında telef olursa tazminat olmadığında icma etmişlerdir."

3- *el-Mühezzeb,* I, 363; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 267; *Eşbâh ve'n-Nezâir,* 150; *el-İknâ ve Haşiyetü'l-Bu ceyrimî,* III, 126, 136; *Bacûrî Hâşiyesi ile birlikte Ebû Şücâ,* II, 10; *Tuhfetü't-Tullâb,* 166.

4- *Keşşafu'l-Kınâ,* IV, 76 vd.; *el-Muğnî,* V, 203; *el-Kavâid (İbni Receb),* 59.

tisi ile ariyet olarak alıyorum" demiştir. " İşte bu, ariyetin sıfat ve niteliğini haber vermektedir ki, bu hadis-i şerif İbni Abbâs ve Ebu Hureyre'den rivayet edilmiştir.

Diğer taraftan Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Aldığı şeyi teminat altında tutmak, onu eda edinceye kadar alan elin sahibine düşer.* [1] Çünkü bu, başkasına ait olan bir mal olup kendi menfaati için almıştır. Rehin gibi bir teminat olsun diye ve telef etme hakkı ve izni söz konusu olmaksızın almıştır. Dolayısıyla bunun, gasbedilmiş mal gibi tazminat garantisi vardır.

Hanbelîler şunu ekler: Müstair vakfedilmiş ilim kitapları ve mücahitlere vakfedilmiş zırhları istiare olarak alır ve bunlar onun her hangi bir kusuru ve haksızlığı olmaksızın telef olurlarsa tazmin etmez. Çünkü ilim öğrenmek ve öğretmek ile cihat, halkın menfaatine olan işlerdir.

Âdeten teslim alması uygulama ile görülegelmiş olan zevce, hazinedâr, hakların kabzedilmesi konusunda umumi vekil gibi eşyanın teslim edilebileceği kimselere âriyeti geri verdiği zaman müstair, bu konudaki sorumluluktan kurtulmuş olur.

Muir (ariyet veren)in tazminat şartı koşması:

Hanefîlere göre: Muir ariyetin tazminini müstaire şart koşarsa bu şart batıl olur. Fetvaya esas olan görüş de budur. Nitekim vediada da durum böyledir. Rehinde tazminat olmama şartının koşulması da böyledir. Çünkü bu şart ile aktin gereğinde değişiklik yapılmaktadır [2].

Malikîlere göre: Muir tazminatın gerekmediği yerde tazminat şartını koşarsa müstair o tazminatı ödemez; ariyeti kullanma konusunda benzerinin ücretini ödemesi gerekir. Çünkü bu şart, eğer ariyetin sahibi tazminatsız ariyet olarak vermeye razı olmuyorsa, onu ariyet hükmünden çıkarır, fasit icare türüne sokar. Çünkü şart koşulmak istenen bu tazminat meçhul bir bedeldir. Onun malum bir bedele çevrilmesi gerekir. [3]

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: Müstair ariyetin bir emanet olmasını şart koşsa veya tazminatı reddetse, tazminat sakıt olmaz ve bu şart lağv (boş) olur. Çünkü koşulan şart, tazminatı gerektiren hiç bir akti değiştirmez. Sahih veya fasit bir alışve-

1- Hadisi Ahmed ve dört *Sünen* sahibi rivayet etmiş, Hâkim de *sahih* olduğunu belirtmiştir: el-Hasen'den, o Semura b. Cündub'dan dedi ki: *"Resulullah (a.s.) şöyle buyurdu: "El aldığı şeyi ödeyinceye kadar yükümlüdür (ondan sorumludur)."* Ebu Dâvud ve Tirmizî şunu eklerler: *"Katâde dedi ki: "Sonra el-Hasen unuttu ve dedi ki: O senin emînindir. Onun üzerine tazminat yoktur. Bununla âriyeti kastediyordu."* Taberânî, Hâkim ve İbni Ebu Şeybe de rivayet etmiştir. *Câmiu'l-Usûl*, IX 110; *Nasbu'r-Râye*, IV, 167; *et-Telhîsu'l-Habîr*, 253; *el-Makâsidü'l-Hasene*, 290; *Neylü'l-Evtâr*, V, 298; *Sübülü's-Selâm*, III, 67.

2- *İbni Âbidîn*, IV, 516, 552; *Mecmau'd-Damânât*, 55.

3- *Desûkî*, III, 436; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 309.

riş dolayısıyla kabzedilmiş malda olduğu gibi. [1]

Ariyetin durumunun emanetten çıkıp tazminata dönüşmesi:

Hanefîlere göre ariyetin durumu vedianın durumunun değişmesine sebep olan hâller dolayısıyla, emanetten tazminata dönüşür. Bunların bir kısmı şöyledir[2]:

1- Kaybetmek ve onu kaybolacak yere bırakmak suretiyle veya hırsıza yerini söylemek suretiyle hakikaten telef olmasına sebep olmak veya istenmesinden ya da müddetinin bitmesinden sonra ariyeti iade etmemek suretiyle manen telef etmek;

2- Ariyetin kullanılmasında veya icarında gerekli muhafazayı terketmek;

3- Ariyet alınan *ayn*'ı, şartın dışında veya âdeten alışılmışın dışında kulanmak;

4- Koruma keyfiyetine muhalefet etmek. Meselâ, ondan yana gafil olmamasını emrettiği hâlde o da gafil olursa tazminatını öder; muirin istediğine uygun hareket etmeye başlasa da tazminattan kurtulamaz. Bu hüküm, Hanefîlerde vedîa konusunda öğrendiklerimizin hilâfınadır. Çünkü bu durumda vediada tazminattan kurtulur (İbra olur). Çünkü vediada maksat, mal sahibinin lehine muhafaza etmektir. Böyle bir muhafaza ise onun emrine aykırı hareket etmesinden önce olduğu şekilde muhalefetten sonra da gerçekleşir.

Arada bir fark daha vardır: Müstair ariyeti mal sahibinin evine geri verecek olursa, meselâ bineği sahibinin ahırına geri gönderirse, vedianın hilâfına tazminat ödemekten kurtulur. Çünkü ariyeti geri verme konusundaki âdet, onu sahibinin evine veya bakıp gözettiği kimselere vermek şeklindedir. Ancak bu uygulama vediada söz konusu değildir. Bu bakımdan ariyet yüce Allah'ın : *"Muhakkak Allah sizlere emanetleri ehline tastamam ödemenizi emreder."* (Nisâ, 58) buyruğunun umumî ifadesinden tahsis edilmiş ve vedia ise nassın zahirinden anlaşılan ifadesine uygun olduğu gibi bırakılmıştır. Nitekim bunu daha önceden açıklamış bulunuyoruz. Gasbedilmiş olan mal da, vediada olduğu gibi bizzat mal sahibinin kendisine geri verilir.

Ancak ariyet oldukça kıymetli bir şey olur ve muir bunu sahibinin evine verir de bizzat kendisine teslim etmezse tazminatını öder. Çünkü değerli mallar âdeten sahiplerine iade edilir.

Aynı şekilde muir ile müstair arasında anlaşmazlık doğarsa, daha önceden de açıkladığımız gibi mal sahibinin sözüne itibar edilir. Vediada ise durum bunun

1- *el-Muğnî*, V, 204.
2- *el-Bedâyi*, VI, 218 vd.

hilâfınadır. Orada vedinin (kendisine emanet bırakılanın) sözüne itibar edilir[1].

Ariyeti geri vermenin masrafı:

Ariyeti geri vermenin ücreti müstaire aittir. Çünkü onu geri vermek onun görevidir. Zira ariyeti kabz bizzat kendisinin menfaatinedir. Verilen ücret de geri vermenin bir masrafıdır; dolayısıyla bunu ödemek ona düşer. Aynı şekilde gasbedilmiş malın geri verme ücreti de gâsıba aittir. Çünkü mal sahibinin zararını önlemek için gasbedilenin geri verilmesi gâsıbın görevidir. Dolayısıyla bunun masrafı da ona ait olur.

Ücretle kiralanan *ayn*'ın geri verilme ücreti ise mal sahibine aittir. Çünkü müstecir (ücretle tutan, kiralayan) üzerine düşen *ayn*'ın iade edilmesine imkân vermek ve eşya ile sahibini başbaşa bırakmaktır, onu iade etmek değildir. [2] Aradaki fark şudur: Ücretle kiralayan ile gâsıbın maksadı ve aynı şekilde rehin alan da onlar gibidir; müstaîrin aksine, menfaatin kendileri lehine hasıl olmasıdır. Müstair ise böyle değildir. O bir şeyi bizzat şahsi menfaati için kabzeder.

Vedianın geri verilme ücreti de aynı şekilde vedia olarak bırakan malikin üzerinedir. Çünkü vedî (yanına vedia bırakılan kişi) üzerine düşen, sadece malikin istemesi hâlinde vediayı ona vermektir. Zira yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"Şüphesiz ki, Allah sizlere emanetleri ehillerine tastamam ödemenizi emreder."* (Nisâ, 58)

1- *el-Bedâyi*, VI, 211 vd.; *Mecmau'd-Damânât*, 57.
2- *el-Kitab ma'a'l-Lübâb*, III, 304; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr*, IV, 527 vd.

VEKÂLET

1. Tarifi, Rüknü ve Meşruluğu

Tarifi: Vekâlet (Arapçada "vâv" harfinin fethi ile "vekâlet" ve kesri ile "vikâlet" şeklinde olur) sözlükte, mutlak olarak kullanıldığında "hıfzetmek, korumak" manası kastedilir. Nitekim yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Ve dediler ki: Allah bize yeter, O ne güzel vekildir!"* (Al-i İmrân, 173) Yani Ne güzel koruyucudur, demektir. Bir başka yerde: *"Ondan başka hiç bir ilâh yoktur; sen Onu vekil edin."* (Müzzemmil, 9) buyurulmaktadır. el-Ferrâ: "Manası, koruyucu olarak onu bil! demektir" demiştir. Yine bu kelime, tefvîz (havale etmek) maksadını ifade etmek üzere de kullanılır ve "İşini filâna vekâlet etti" Yani ona havale etti ve onunla yetindi, demektir. İşte "Tevekkeltü alellah= Allah'a tevekkül ettim" ifadesi de buradan gelmektedir. Şanı yüce Allah da: *"Tevekkül edenler artık Allah'a tevekkül etsinler."* (İbrâhîm, 12) buyurmuştur. Yine şanı yüce Allah, Hz. Hûd (a.s.)'dan haber vererek şöyle buyurmaktadır: *"(Hûd dedi ki): Ben benim de, sizin de rabbiniz olan Allah'a tevekkül ettim."* (Hûd, 56) Yani ben Ona güvendim, dayandım ve işimi O'na havale ettim, demektir.

Şer'an vekâlet, Hanefîlere göre [1] caiz ve ma'lum olan bir tasarruf hususunda insanın kendisinin yerine bir başka kimseyi ikame etmesinden ibarettir veya tasarruf ve korumanın (hıfzın) vekile havale edilmesidir.

Tasarruf, alışveriş gibi malî ve onların dışında şer'an vekâleti kabul edebilen, girmeye izin vermek gibi her türlü husustaki tasarrufları kapsar. Şafiîlere göre vekâlet, bir kişinin yapabileceği ve vekâleti kâbil bir şeyi hayatta iken başkasına havale etmesidir. [2] Burada "hayatta olmak" kaydı onu vasiyetten ayırmak içindir.

1- *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 3; *el-Bedâyi*, VI, 19; *Reddü'l-Muhtar*, IV, 417; *Tebyînü'l-Hakâik*, IV 254.

2- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 217.

Rüknü: Hanefîlere göre vekâletin rüknü icap ve kabuldür. İcap "asil" diye de bilinen müvekkil'in: "Ben, bu iş için seni vekil kıldım" veya "Şunu yap" yahut "Şunu yapmak için sana izin veriyorum" ve benzeri sözler söylemesidir. Kabul ise vekil tarafından olup; "Kabul ettim" ve bunun yerine geçecek sözler söylemektir. [1] Kabule delâlet eden her bir fiil ile de kabul gerçekleşir. Kabulün lafız olması şartı yoktur. Çünkü tevkil (vekil tayin etmek), bir mübah kılma ve bir hacri kısıtlamayı kaldırmadır. Bu bakımdan yemeğin (misafirlere) mübah kılınmasına benzemektedir[2].

Vekâletin hemen (fevren) veya daha sonra (terâhi ile) kabul edilmesi ittifakla caizdir. Çünkü Peygamber (a.s.)'in tayin ettiği vekillerin bu kabulleri onların fiilleriyle olmuştu ve kendilerini vekil tayin etmesinden sonra bir zaman fasılası ile gerçekleşmişti.

Eğer icap ve kabul olmazsa, akit tamamlanmaz. Bir kişi başkasının borcunu kabzetmek üzere vekil tayin etse, o da bunu kabul etmek istemese, sonra da o vekil gidip borcu kabzetse, borçlu borcundan kurtulmuş (ibra) olmaz. Çünkü aktin tamamlanması icap ve kabulle beraber söz konusudur. Bunların her birisi de ötekinin var olmasından önce reddetmekle reddedilmiş olur; tıpkı alışveriş ve benzer akitlerde olduğu gibi.

Cumhura göre vekâletin dört rüknü vardır: Bunlar müvekkil, (vekil tayin eden, vekâlet veren), vekil, müvekkelünfîh (hakkında vekâlet verilen şey) ve sigadır.

Devrî vekâlet [3], Hanbelîlere göre sahihtir [4]. Bu: "Ben seni vekil tayin ediyorum. Seni azlettiğim her seferinde veya sen her azledildiğinde ben yine seni vekil ediyorum" veya "Sen benim vekilimsin" demekle olur. Vekilini: "Seni her ne zaman vekil tayin edersem veya her ne zaman benim vekilim olursan seni azlediyorum." sözü ile azli sahihtir.

Vekâleti bir şart veya bir zamana bağlamak:

Hanefîlerle Hanbelîlere göre vekâlet mutlak da olabilir, bir şarta bağlı da olabilir. Meselâ: "Zeyd geldiği takdirde bu kitabı satmak üzere sen benim vekilimsin" demek gibi. Bu şartın tahakkukundan önce vekilin tasarrufu sahih olmaz. Vekâletin bazen gelecekteki bir zamana izafe edilmesi de mümkündür. "Yarın bu kitabı satmak üzere seni vekil tayin ediyorum." demek gibi. Yarın'dan önce vekil olmaz. Bunun caiz olduğuna dair delilleri şudur: Tevkil (vekâlet vermek, vekil tayin etmek)

1- *el-Bedayi'*, VI, 20.
2- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 222; *el-Muğnî*, V, 84.
3- Mantıkçılara göre *devr*, bir şeyin var olabilmek için tevakkuf ettiğine (bağlı olduğuna) bağlı olması demektir. Burada vekâlete *devrî vekâlet* denilmesinin sebebi onun azle bağlı olmasından dolayıdır.
4- *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 156.

mutlak olarak tasarrufu mübah kılan bir akittir. Bu şekildeki mutlakların ise, boşamada olduğu gibi şarta bağlanmaları veya zamana izafe edilmeleri ihtimal dahilindedir. Diğer taraftan vekil tayin etmek, tasarrufa izin vermektir. Bu bakımdan o vasiyete benzemektedir. (1)

İmam Şafiî, mezhebinde esah kabul edilen görüşe göre şöyle demiştir: Vekâletin sıfat veya zaman türünden bir şarta bağlanması sahih olmaz. Meselâ: "Zeyd gelirse veya ay başında seni şuna vekil tayin ediyorum" demek gibi. Bunun caiz olmadığına dair delili ise şudur: Vekalet batıl olmasında cehaletin (belirsizliğin) etkili olduğu akitlerden biridir. Dolayısıyla alışveriş, icare vb. diğer akitlerde olduğu gibi bir şarta bağlanması sahih olmaz. Vekil tayin etme, vasiyetten farklıdır. Çünkü vasiyette bilgisizliğin aldatıcılık vasfı etki etmez. Dolayısıyla şartın aldatacılık vasfı (garan) onda etkili değildir; bu bakımdan vasiyet bir şarta bağlanmayı kabul eder. Vekâletin iptalinde ise bilgisizliğin etkinliği vardır. Dolayısıyla vekâlette şartın gararnun etkisi olur; o bakımdan şarta bağlanmayı kabul etmez. Fakat böyle bir durumda vekil tasarrufta bulunacak olursa, iznin varlığı sebebiyle, akit fasit olmakla birlikte tasarrufu sahih olur. Böyle bir durumda ücret karşılığı vekil ise, tayin edilen ücret sakıt olur ve ecr-i misilin ona ödenmesi gerekir. Çünkü o bedelsiz olarak razı olmayacağı fasit bir akit gereğince amel etmiştir. Dolayısıyla fasit icarede çalışmak hâlinde olduğu gibi, onun için ecr-i misil gerekir. (2) Eğer vekâleti kesinleştirir, fakat tasarrufta bulunmak için bir şart öngörürse, ittifakla caizdir. Meselâ: "Bir şey satın almak için seni vekil tayin ettim. Fakat onu ancak bir ay sonra satın al." demek hâlinde olduğu gibi.

Vekâlet için vakit tayini:

Fakihler bir ay veya bir sene gibi bir zaman ile vekâletin süresinin tayin edilmesinin sahih olduğu üzerinde ittifak etmişlerdir. Çünkü vekâlet ihtiyaca göredir.

Ücret karşılığı vekâlet:

Vekâlet ücretli veya ücretsiz olmak üzere sahihtir. Çünkü Peygamber (a.s.) *âmillerini* (zekât toplama memurları) zekâtları kabzetmek üzere gönderir ve onlar için çalışmalarının karşılığı bir ücret verirdi (3). Bu bakımdan Hz. Peygambere amca çocukları şöyle demiştir: *"Zekâtları toplamak üzere bizleri göndersen de onla-*

1- *el-Bedâyi,* VI, 20; *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 147.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 223; *el-Mühezzeb,* I, 350.

3- *İbnî Hacer* şöyle der: Bu meşhur bir durumdur. Buharî ve Müslim'de Ebu Hureyre'den şöyle rivayet edildiğine göre, Peygamber (a.s.) zekât toplamak için görevliler göndermiştir. Yine Buharî ile Müslim'de yer alan Ebu Humeyd es-Saidî'nin şu rivayeti vardır: *"Peygamber (a.s.) Ezdlilerden İbnü'l-Lutbiyye diye bilinen bir adamı zekât toplamak üzere görevlendirmiştir."* Yine Buharî ile Müslim'de yer alan ve Hz. Ömer'den gelen rivayete göre o İbnü's-Sa'dî adındaki birisini zekât toplamakla görevlendirmiştir. Ebu Dâvud'daki rivayete göre Peygamber (a.s.) Ebu Mes'ûd'u zekât toplayıcı olarak görevlendirmiştir. İmam Ahmed'in *Müsned*'inde yer alan rivayete göre Ebu Cehm

rın sana (tahsil ettiklerini) ödedikleri gibi biz de ödesek ve onların aldıkları ücreti biz de alsak." Diğer taraftan vekâlet bağlayıcı bir akit değildir, vekilin onu yerine getirmesi üzerine vacip olmaz. Bu bakımdan vekâlette ücret almak caiz olur. Şehadet ise böyle değildir. Şahidin onu yerine getirmesi onun için farz olan bir görevdir.

Şayet vekâlet ücretsiz olursa vekilin yaptığı bir iyilik olur. Eğer vekâlet ücret karşılığı yapılırsa onun hükmü icare akitlerinin durumu gibidir. Vekil bu ücreti, eğer dikilen bir elbise gibi teslimi mümkün olan bir şey ise, onu müvekkiline teslim etmekle ücrete hak kazanır. Ne zaman o elbiseyi dikilmiş olarak teslim ederse o zaman ücretini alır. Şayet alışveriş veya hac konusunda vekâlet verilirse bunu yaptığı takdirde ücretine hak kazanır. Alışveriş konusunda semeni (bedeli) kabzetmese bile hüküm böyledir. (1)

Vekâlet ücretle olursa müvekkil vekiline, tayin edilen müddet bitmedikçe vekaleti bırakmamasını aksi halde ücret ödemiyeceği şartını koşması caizdir.

Vekâletin umumîliği ve tahsis edilmesi (Özel hâllerinin tayini):

Hanefîlerle Malikîlere göre (2) umumî vekâlet sahihtir. Çünkü müvekkilin sahip olduğu her konuda ve vekâletin sahih olduğu malî olsun olmasın bütün tasarruflarda vekâlet caizdir. Şafiîlerle Hanbelîler ise (3) şöyle demektedir: Umumî vekâlet sahih olmaz. Çünkü bu konuda büyük ölçüde aldanma söz konusudur. Hususî vekâletin caiz olduğu üzerinde fakihler ittifak etmişlerdir. Vekâlette çoğunlukla rastlanılan asıl durum da budur.

Meşruluğu: Kitap, sünnet ve icma ile vekâlet caizdir. Kitaba göre caiz oluşunun delili şanı yüce Allah'ın Ashâb-ı Kehf'in kendi aralarında söylediklerini naklettiği şu ayettir: *"Şimdi siz birinizi bu gümüş paranız ile şehre gönderin de baksın, hangi yemeği daha temiz bulursa ondan size bir rızık alıp getirsin."* (Kehf, 19) Bu âyet alışveriş konusunda bir vekâlettir. Yüce Allah'ın: *"Kocanın ehlinden bir hakem, kadının ehlinden de bir hakem gönderiniz."* (Nisâ, 35) buyruğunda da vekâletten söz edilmektedir. Diğer taraftan: *"Benim bu gömleğimi alıp götürünüz."* (Yûsuf, 93) âyeti ile yine yüce Allah'ın bize naklettiği Hz. Yusuf'un: *"Beni yeryüzünün hazinelerinin başına getir."* (Yusuf, 55) ayetinde de vekâletten söz edildiği gibi: *"Sadakalar Allah'tan bir farz olarak ancak fakirlerin, miskinlerin ve onun*

---

b. Huzeyfe'yi zekât toplamak üzere göndermiştir. Yine *Müsned*'de Kurra b. Damus'un rivayet ettiği hadise göre Dahhâk b. Kays'ı zekât toplayıcı olarak göndermiştir. *Müstedrek*'te Hz. Peygamberin Kays b. Sa'd'ı zekât toplayıcı olarak gönderdiği kaydedilmektedir. Yine *Müstedrek*'te Ubâde b. es-Sâmit'ten gelen rivayete göre Peygamber kendisini zekât verenlerin yanına göndermiştir. Velid b. Utbe'yi de Mustalikoğullarına zekât toplayıcı olarak göndermiştir. *et-Telhîsu'l-Habîr,* 176, 251, 275.

1- *el-Muğnî,* V, 85 vd; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 2; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 329.

2- *Tekmiletü'l-Reddi'l-Muhtâr,* VII, 357; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 302.

3- *Tuhfetu'l-Muhtâc,* V, 308; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 471; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 221.

*üzerinde çalışanların (amillerin)...*dır." (Tevbe, 60) buyruğunda kendilerinden söz edilen kimseler, imamın (İslâm devlet başkanının) zekâtı tahsil etmek üzere gönderdiği zekât toplayıcılarıdır. Burada şanı yüce Allah zekâtların toplanması için çalıştırılması sureti ile bir takım kimselerin görevlendirilmesini caiz kılmıştır. Bu da hak sahipleri namına bir vekâlet hükmündedir.

Sünnetten meşruluğuna delâlet eden bir çok hadis-i şerif vardır. Buharî ile Müslim'in şu rivayeti bunlardandır: *"Peygamber (a.s.) zekâtı almak için toplayıcılar göndermiştir."* Yine Hz. Peygamber (a.s.), Amr b. Ümeyye ed-Damrî'yi Ebu Süfyan'ın kızı Ümmü Habîbe'yi kendisine nikâhlaması için vekil tayin etmiştir. [1] Bir başka hadiste Hz. Peygamber Hâris kızı Meymûne'nin nikâhını kabul etmek konusunda Ebu Râfi'i vekil tayin etmiştir. [2] Hakîm b. Hizâm'ı kurbanlık almak üzere vekil tayin ettiği gibi, Urve el-Bârikî'yi de bir koyun almak üzere vekil tayin etmiştir. [3] Bir adamın borcunu ödemek üzere bir devenin verilmesi için vekil tayin ettiğine ve *"Sizin en hayırlılarınız borçlarını en güzel şekilde ödeyenlerinizdir"* dediğine dair Buharî tarafından kaydedilen rivayet de bunlar arasındadır.

İcmaya gelince: Ümmet vekâletin cevazı üzerinde icma etmiştir. Diğer taraftan vekâlet bir ihtiyaçtır. Kişi bazan bütün işlerini bizzat kendisi göremeyebilir [4]. Bu bakımdan vekâlet caizdir; çünkü birr ve takva üzere yardımlaşma türlerinden birisidir.

1- Ebu Dâvud, *Sünen*'inde (I, 468) rivayet etmiştir. Beyhakî *el-Ma'rife'* de şöyle der: "Ebu Ca'fer Muhammed b. Halîl'den rivayetimize göre o bunu zikretmiştir." Ancak Beyhakî, *el-Ma'rife*'de bunun senedini belirtmemiştir. Yine *el-Hilâfiyât*'ta da senetsiz olarak kaydeder. *Sünen*'inde ise İbni İshâk'tan şöyle rivayet etmektedir: *"Bana Ebu Ca'fer anlattı, dedi ki: Resulullah (a.s.) Amr b. Ümeyye ed-Damrî'yi Necâşî'ye gönderdi; onu Ümmü Habîbe ile nikâhladı. Daha sonra da onun adına (vekâleten) dört yüz dinar ödedi." et-Telhîsu'l-Habîr*, 251 vd.

2- Bu hadisi İmam Mâlik *Muvatta*'da rivayet etmiştir. Şafiî de ondan rivayet etmiştir. Ahmed, Tirmizî, Neseî ve İbni Hibbân, Süleyman b. Yesâr'dan rivayet etmektedir. Buna göre Peygamber (a.s.), Ebu Rafi ile Ensar'dan birisini göndererek, onun nikâhını Meymune binti el-Hâris'e kıymışlardır. Bu olay kendisi Medine'de iken, orada çıkmadan, yani hacca gitmek üzere çıkmadan önce olmuştur. Mecduddin b. Abdusselâm İbni Teymiyye, *Munteka'l-Ahbâr*'da der ki: Bu, onun Hz. Meymûne ile ihramdan önce evlendiğini ve İbni Abbas'ın bundan haberdar olmadığının delilidir. *et-Telhîsu'l-Habîr*, 252; *Neylü'l-Evtâr*, V, 269.

3- Hakîm b. Hizâm'ın vekil edilmesine dair rivayet sahihtir. Bunu Ebu Dâvud ile Tirmizî, Habîb b. Ebu Sabit'ten, o da Hakîm b. Hizâm'dan rivayet etmektedir. Buna göre Resulullah (a.s.) ona: *"Koyunun birisini kurban et ve bir dinarı da tasadduk et"* demiştir. Urve el-Barikî'ye vekâlet verilmesine dair olay da aynı şekilde sahih olup Ahmed, Buharî, İbni Mâce ve Darekutnî, Şebîb b. Garkade es-Sülemî'den o da Urve b. Ebu Ca'd el-Bârikî'den rivayet etmiştir. Bu rivayete göre Peygamber (a.s.). kendisine satışında bereket olması için duada bulunmuştur. O kadar ki, toprak satın alacak olsaydı, yine onda kâr ederdi. *Câmiu'l-Usûl*, XII, 289; *Nasbu'r-Râye*, IV, 90; *et-Telhîsu'l-Habîr*, 251 *Neylü'l-Evtâr*, V, 270.

4- *el-Muğnî*, V, 79; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 3; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 217; *el-Mühezzeb*, I, 348; *el Mebsût*, XIX, 2 vd.

2. Vekâletin Şartları

Vekâletin sahih olması için akti yapan taraflarda ve akit konusunda bir takım şartların bulunması gerekir.

Akti yapan iki taraf müvekkil ve vekildir. Müvekkilin gaib olması, kadın veya hasta olması ittifakla caizdir. Ebu Hanife hariç diğer mezheplere göre sağlıklı ve hazır olması hâlinde de ittifakla caizdir. Vekilin, her hangi bir şey konusunda kendi adına tasarrufu caiz olan herkesin, o konuda başkasına adına vekîl ve nâip olması da caizdir. Ancak düşmanın düşmanının aleyhine vekil edilmesi caiz olmaz. Malikîlere göre ise kâfir olan kimsenin alış veya satış yahut da selam aktini yapmak üzere vekil tayin edilmesi -haram olan bir şey yapmaması için- caiz değildir. Diğer taraftan Müslümanlardan (her hangi bir hakkı) kabzetmek üzere de vekil tayin edilmesi, onlara karşı üstünlük sağlamaması için de caiz değildir.

Müvekkilin şartı:

Müvekkilin vekil tayin ettiği hususta tasarrufa malik olması ve bu tasarrufun hükümlerinin onu bağlayıcı olması şarttır. Buna göre delinin ve mümeyyiz olmayanın vekil tayin etmesi sahih olmaz. Çünkü ehliyetin şartlarından birisi olan akıl bulunmamaktadır. Diğer taraftan tasarruf hükümleri bunlar için bağlayıcı değildir. Aynı şekilde mümeyyiz olan kişinin bizatihi malik olmadığı boşama, sadaka ve buna benzer kendisine mutlak olarak zararlı olan tasarruflar için vekâlet vermesi de sahih olmaz. Teberruları kabul etmek gibi, mutlak menfaati olan tasarruflarda, mümeyyiz kişinin vekâlet vermesi caizdir. Fayda ile zarar arasında gidip gelen, alışveriş ve icare gibi tasarruflara gelince: Eğer mümeyyiz ticaret konusunda izinli ise, bu konuda onun vekâlet vermesi sahihtir. Çünkü bu gibi tasarruflara bizzat kendisi sahiptir. Şayet tasarruflardan men edilmişse, velisinin geçerli kılmasına bağlı olmak üzere vekâlet vermesi mün'akit olur. Aynı şekilde ticaret konusunda da velisinin iznine bağlı olarak vekâlet vermesi caiz olur. (1)

İmam Şafii şöyle der: Mutlak olarak küçüğün vekâlet vermesi sahih değildir. Çünkü İmam Şafiî'ye göre onun doğrudan her hangi bir tasarrufta bulunması doğru değildir. Malikîlerle Hanbelîlerin görüşü de böyledir. (2)

Ebu Hanife ise (müvekkilin vekâlet verdiği şeyde tasarrufunun caiz olmasını şart koşmayıp) sadece vekil için bunun caiz olmasını şart koşmakla yetinmiştir.

Vekilin şartları:

Vekil aklı yerinde bir kişi olmalıdır. Yani mesela, satmanın malı elden çıkarmak, satın almanın elde etmek demek olduğunu bilecek şekilde akitten anlayan, nerelerde aldatılıp aldatılmayacağını ayırt edebilen bir kişi olmalıdır. Deli ile mümey-

---

1- *el-Bedâyi,* VI, 20; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, XII, 134.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 217; *el-Mühezzeb,* I, 349; *el-Fıkh ale'l-Mezahibi'l-Erba'a,* III, 236 vd.

yiz olmayan küçüğün vekâleti sahih olmaz. Mümeyyiz küçüğün vekâleti ise, Ebu Hanîfe'ye göre ister ticaret konusunda izin verilmiş olsun, isterse hacir altında olsun sahih olur.

Bu şartın ön görülmesinin sebebi şudur: Vekil ibarede (maksadını anlatabilmede) müvekkilin yerini tutar. Dolayısıyla onun ibare ehlinden olması lazımdır. İbare ehliyeti ise ancak akıl ve temyiz ile olur. Ümmü Seleme'nin oğlu çocuk olduğu hâlde Peygamber (a.s.)'i (vekâleten) nikâhlamıştır.

Şafiî, Malikî ve Hanbelîlere göre, küçüğün vekâleti sahih değildir. Çünkü o mükellef olmadığından, kendi adına tasarrufta bulunması sahih olmaz. Dolayısıyla vekâleti de sahih olmaz. Şafiîler'deki sahih görülen görüşe göre mümeyyiz küçüğün bir eve girmek için kendisine izin verilmesi, bir hediyenin sahibine ulaştırılması, hac, tatavvu, kurban kesmek ve zekât dağıtmak üzere vekil tayin edilmesinin caiz olduğunu belirtmişlerdir.

2- Yine Hanefîlere göre vekilin -eğlenmek ve şaka yapmak şeklinde olmamak üzere- akti maksat olarak gözetmesini şart koşmuşlardır. Ayrıca genel olarak kendisine vekâlet verildiğini bilmiş olmalıdır. Bir kimseye kitabını satmak üzere vekâlet verse, vekil de vekâleti bilmeden önce birisine satarsa bu satış, müvekkil geçerli kabul etmedikçe caiz olmaz veya vekil vekâletinden haberdar olmadıkça caiz olmaz. Vekilin vekâleti bilmesi ya karşılıklı konuşmakla veya ona yazmakla yahut ona birisini elçi göndermekle ya da iki erkeğin haber vermesiyle yahut adaletli bir erkeğin haberiyle veya âdil olmayan bir erkeğin haber verip vekil kimsenin onun (bu konuda) doğru olduğunu kabul etmesiyle sabit olur. (1)

3- Vekilin ya nispet veya ona işaret edilmek suretiyle tayin edilmiş olması. İki kişiden birisini (tayin etmeksizin) vekil kılsa, vekilin kim olduğu bilinmediğinden dolayı vekâlet sahih olmaz. Ayrıca vekilin, müvekkilini ona ait bir nitelik veya tanındığı bir şöhret vasıtası ile bilmesi de gerekir. (2)

Vekâlet konusunda aranan şartlar:

1- Hakkında vekâlet verilen şeyin (müvekkelün-fîh'in) mübah (herkesin faydalanması serbest) işlerden olmaması gerekir. Bir insanın başka bir kimseye odun ve ot toplamak, su çekmek, bakır, kurşun, mücevherat gibi madenleri çıkarmak için vekâlet vermesi sahih değildir. Şayet sözü geçen bu hususlardan birisi hakkında vekâlet verilirse bunlar vekîle ait olurlar. Müvekkilin bunlarda her hangi bir hakkı yoktur. Bu Hanefîlere göredir. Ancak cumhur, Şafiîlerce azhar olan görüşlerine göre bu gibi hususlarda vekâlet vermeyi caiz kabul etmişlerdir. Bu toplanan da her birisinin ücretine göre, aralarında tercih de olmaksızın, pay edilir. Çünkü böyle bir

---

1- *el-Bedâyi,* VI, 20 vd; *el-Mebsût,* XIX, 158 vd.; *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 417; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 218.

2- *el-Bedâyi,* a.y.; *Desukî,* III, 378; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 219; *Keşşafu'l-Kınâ,* III, 450.

şey, değişik menfaatler vasıtasıyla husule gelir. [1]

2- Vekâlet konusunun müvekkilin mülkü olması gerekir. Çünkü müvekkilin malik olmadığı şeyde başkasına tasarruf hakkı vermesi düşünülemez. Bu şart üzerinde ittifak vardır.

3- Aldanma (garar)nın ileri derecede olmasını önleyecek şekilde bazı yönleriyle bilinir olması. Bu, Şafiîlerin ön gördüğü bir şarttır.

4- Hakkında vekâlet verilen hususun başkasından borç isteme olmaması gerekir. Bir kimse başka kişiyi her hangi bir kimseden bir mal borç almak üzere vekil tayin etse, vekil de ona: "Bana şunu borç ver" deyip o da bunu borç olarak verse, verilen bu borç müvekkile değil, vekilin kendisine verilmiş olur. Ancak böyle bir şey risalet (elçilik) yoluyla sahih olur. "Filân kişi şu kadar borç almak üzere beni gönderdi." demekle sahih olur.

5- Şer'an vekâleti kabul edebilecek özellikte olması... Bu malî olsun veya olmasın niyâbet (vekâlet)'in sahih olduğu her şeydir. Namaz, oruç, hadesten tahâret gibi sırf bedenî ibadetlerde vekâlet sahih olmaz. Çünkü bunlardan maksat, nefsi yormak suretiyle imtihan edilip denenmektir. Bu imtihan ise vekâletle husule gelmez. Aynı şekilde yemin etmek üzere vekil tayin etmek de sahih değildir. Çünkü bundan maksat yemin edenin doğruluğunun ortaya çıkmasıdır. Diğer taraftan yemin, yüce Allah'a kulluk, O'nu yüceltme ve celâlini tanıma esasına dayalıdır. Bu da şer'î bir durumdur. Aynı şekilde bizzat ilişkide bulunmak manasında nikâh için vekâlet vermek de sahih olmaz. Çünkü nikâhtan maksat, iffet sahibi olup kendisine nispet edilecek çocuk dünyaya getirmektir.

Cumhura göre teslim almak, teslim etmek, hak sahiplerine ulaştırmak gibi malî ibadetlerde vekâlet caizdir. Bunlar: Zekat, keffaret, nezir, sadaka, edasından aciz kaldığı ve vasiyet ettiği hac ve umre, hacda şükür kurbanının kesimi, hac ve umre ihramında ihrama karşı işlediği kusurlarının cezası olarak keseceği kurbanın kesimi, kurban kesimi vb. ibadetlerdir. [2] Çünkü bunlardan maksat, bunları sahiplerine ulaştırmaktır. Malikîler hac için vekil tayin etmeyi caiz kabul etmezler. Çünkü hacdan maksat, nefsin temizlenip arındırılması ve Allah'ın şeairinin yüceltilmesidir. [3] Malın bu uğurda harcanması ise arızî bir durumdur.

1- *el-Fetave'l-Hindiyye,* III, 440; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 221; *Ravzatu't-Tâlibîn,* IV, 291; *el-Muğnî,* V 81.

2- *Tekmiletü İbni Abidîn,* VII, 271; *Bidayetü'l-Müctehid,* II, 297; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 219; *el-Muğn* V, 83; *eş-Şerhu'l-Kebîr ma'a'd-Desûkî,* III, 377 vd.; *Ravzatu't-Tâlibîn,* IV, 294.

3- Hakkında vekâletin geçerli olduğu ve olmadığı şeylere dair Şafiîler bir kaide ortaya koymuş ve şöyle demişlerdir: Mutlak meçhul (bilinmeyen) hakkında olması hâli müstesna, vekâlet sahihtir. Meselâ, az ve çok olsun, her hususta ona vekâlet vermesi gibi. Ancak bir haddin veya bir kıssasın sorumluluğunun yüklenilmesinde, ribevî (faizin söz konusu olabildiği) bir malın kabzedilmesinde veya selemin bedelinin kabzedilmesinde vekâlet vermesi ile ve cinsî ilişki yahut şahitlik yahut îlâ

Haklarında vekâletin caiz olduğu bazı hususlarda fakihler farklı görüşler belirtmişlerdir. Bu durum, vekâletin caiz olduğu ve olmadığı hususlar olmak üzere bahsi ikiye ayırmamızı gerektirmektedir: Vekil tayin etmek ya yüce Allah'ın hakları ile ilgili olur (bunlar da Hanefîlere göre bütün hadlerdir; başkalarına göre ise kazf (zina iftirası) cezası müstesnâdır) ya da kul hakları ile ilgilidir.

Yüce Allah'ın hakları konusunda vekâlet:

Yüce Allah'ın hakları hususunda vekâlet vermek iki çeşittir; birisi ispat için vekâlet, öbürü de istîfa vekâlet.

1- Hadlerin ispatı için vekâlet vermek:

Hanefîlere göre: Eğer had hakim huzurunda açıklanması için davaya ihtiyacı olmayan zina ve şarap içmek haddi gibi bir had ise, bunun ispatı için vekil tayin etmek sahih değildir. Çünkü böyle bir had, hakimin huzurunda beyyine (delil) veya ikrar ile sabit olup hak sahibi tarafından ayrıca dava açılmasına gerek yoktur. Bu bakımdan dava olmaksızın hisbe şehadeti bunda yeterlidir. Bundan şu netice çıkmaktadır: Hakkında vekâlet verilende onun zina ve şarap içme haddi gibi dava ikame etmenin şart olmadığı herhangi bir had olmaması şartı aranır.

Şayet hakkında dava açmayı gerektiren hırsızlık ve kazf haddi gibi bir had olursa, Ebu Hanîfe ve Muhammed'e göre bunun için vekil tayin etmek, haddi gerektirici suça dair delil ikame etmek suretiyle caiz olur. Ebu Yûsuf'a göre ise bu konuda vekâlet vermek caiz değildir. Böyle bir had, ancak beyyine veya müvekkil tarafından ikrar ile sabit olur. Aynı şekilde bu görüş ihtilâfı, kısasın ispatında da söz konusudur. Ebu Yûsuf delil olarak şunu göstermiştir: Hadler ve kısasların ispatında vekâlet, istifa (uygulanması) için vekâletin caiz olmamasına kıyas ile caiz değildir. Hadlerin ve kısasların istifası (tamamen uygulanması) için vekâlet caiz olmadığı gibi, bunların ispatı için de vekâlet vermek caiz değildir. Çünkü ispat istifanın bir aracıdır.

Ebu Hanife ile Muhammed, Ebu Yûsuf'un deliline şöyle karşılık vermektedirler: İspat ile istifa arasında fark vardır. İstifa için vekâlet vermenin söz konusu olmaması, ileride de görüleceği üzere, bir şüphenin varlığı sebebiyledir. İspat için vekâlet vermekte ise bu şüphenin varlığı söz konusu değildir. (1)

Şafiîlere göre: Yüce Allah'ın hadlerinin ispatı için vekâlet vermek caiz değildir. Çünkü bu hadlerde hak, şanı yüce Allah'a aittir. O da bizlere bu hadleri (isbatında şüphe olursa) bertaraf etme ve bunları ıskat etme yoluna gitmemizi emretmiştir. Vekâlet vermek suretiyle ise haddin icabı yoluna gidilir. O bakımdan caiz değildir.

gibi yeminler yahut ikrar veya zihar veya ibadet gibi hallerde de vekâlet bundan müstesnadır. Ancak hac veya umre gibi bir ibadet ile zekâtı dağıtmak ve kurban kesmek hâllerinde vekâlet olur. *Tuhfetu't-Tullâb,* 169.

1- *el-Bedâyi,* VI, 21; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 7; *Muhtasaru't-Tahâvî,* 109.

Kısasın ve kazf haddinin ispatında ise vekâlet vermek caizdir. Çünkü bunlar bir insan hakkıdır. Dolayısıyla maldaki hakta olduğu gibi bu hakkın da ispatı için vekâlet vermek caiz olur. [1]

Hanbelîlere göre [2]: Kısasın ve kazf haddinin ispatında müvekkilin huzurunda ve gıyabında vekalet vermek caizdir. Çünkü bunlar insanlara ait haklar olup ve bu konularda vekâlet vermek ihtiyaç gereğidir. Zina ve hırsızlık haddi gibi yüce Allah'ın halis hakkı olan hadlerde de bunların ispatı için vekalet vermek aynı şekilde caizdir. Çünkü Resulullah (a.s.) zina haddinin istifa (tatbik) ve ispatında Üneys'e vekâlet vermiştir. O şöyle buyurmuştur: *"Şayet itiraf ederse onu recmet."* Bu da daha önceden bu suçun sabit olmadığının delilidir. Onu haddin ispatında da istifasında da vekil tayin etmiştir.

Hadlerin şüpheler ile bertaraf edilmesinde vekil müvekkilin yerini tutar.

2- Hadlerin istifası (uygulanması) için vekâlet vermek:

Dört mezhep imamı genel olarak hakimin (yöneticinin) yüce Allah'ın hadlerinin ve kısasın istifasında [3] vekâlet vermesinin caiz olduğu üzerinde ittifak etmişlerdir. Şu kadar var ki, müvekkilin istifa (tatbik) meclisinde bulunmaması hâlinde, yani müvekkilin hazır olmaması hâlinde, istifa için vekâlet vermenin sıhhatinde mezhepte görüş ayrılığı bulunabilir. İşte burada her bir mezhebin konu ile ilgili etraflıca görüşlerini kaydedelim:

Ebu Hanife ve Muhammad şöyle der: Kazf ve hırsızlık haddi gibi dava ikamesini gerektiren hadlerin istifası için hak sahibi tarafından vekâlet verilmesi hâlinde, şayet müvekkilin kendisi ve vekili, haddin tenfizi esnasında hazır bulunursa vekâlet caiz olur. Çünkü haddin istifasını herkes güzel bir şekilde gerçekleştiremez. Ya kalbindeki zaaf (rikkat) sebebiyle veya bu konudaki bilgi ve malûmatının eksikliği dolayısıyla bu söz konusu olabilir. Ebu Yusuf ise, kazf ve hırsızlık haddinin istifasında vekâlet vermeyi caiz kabul etmez. Nitekim ona göre bunların ispatında da vekâlet vermek caiz değildir. Zahire göre o şöyle demektedir: Şanı yüce Allah'ın haklarından olan hadlerde vekâlet vermenin bir anlamı yoktur. Bunlar ister dava ikamesini gerektirsin ister gerektirmesin farketmez. Çünkü veliyyü'l-emr (İslâm devlet başkanı veya bu konuda yetkili kıldığı kimse)'in istifası (yerine getirmesi) istenir. Onun bu hadleri uygulaması kaçınılmazdır. Bu konuda kendisine karşı suç işlenen kişi (mecniyyün aleyh)'nin herhangi bir dahli söz konusu değildir. [4]

1- *el-Mühezzeb*, I, 349; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 221.

2- *el-Muğnî*, V, 81 vd.; *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 150.

3- *İstifa*, yani haddin yerine getirilmesi ve caniye (suçluya) uygulanması demektir. *Hukukullah*: Allah bu hususta hakkında değişmez bir ceza belirlemiştir, kendisine karşı suç işlenmiş kimsenin bunda her hangi bir müdahalesi yoktur ve uygulanması lâzım gelen cezadır.

4- *el-Fıkhu ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, III, 232; *el-İfsâh*, 208.

Şayet kendisine kazif yapılan ile malı çalınan kişi istifa (uygulama) esnasında hazır değilse bu konuda Hanefîlerin ileri gelen âlimleri farklı görüşlere sahiptir.

Bazılarına göre bu konuda vekâlet vermek caizdir. Çünkü caiz olmaması affın veya sulhün söz konusu olması ihtimaline binaendir. Böyle bir durumda ise bu tür bir ihtimalden söz edilemez. Çünkü artık iş mahkemeye varmıştır ve artık hak sadece Allah'ın hakkı olmuştur. Kendisinden mal çalınan kişi affedecek dahi olsa onun bu affına bakılmaz.

Diğer bir kısmı ise, Hanefîlerce ercah görüşe uygun olarak şöyle demişlerdir: İstifa için vekâlet vermek caiz değildir. Çünkü hadler şüphelerle bertaraf edilir. Müvekkilin hazır olmaması da bir şüphedir. Çünkü istifa vaktinde hazır bulunsa affetmek veya barışmak imkânına sahip olmasa bile, eğer kendisine kazfedilmiş ise hakkında yapılan bu kazifte kazfedeni tasdik edebilir ve eğer kendinden mal çalınmışsa husûmeti terkedebilir. (Yani davasını iskat edebilir). Bu takdirde şüphe ile birlikte haddin uygulanması caiz olmaz.

O halde müvekkilin -ki o mecniyyünaleyhtir- hazır olmadan haddin uygulanması sahih olamaz.

Tazirler konusunda vekil tayin etmek:

Bunların ispat ve istifa edilmesinde vekâlet vermenin caiz olduğu hususunda Hanefîlerin de diğer mezheplerin de ittifakı vardır [1]. Vekilin, müvekkil hazır olsun veya gaip olsun farketmeksizin istifada bulunmak yetkisi vardır. Çünkü tazir kişinin hakkıdır. Hadlerin hilâfına şüpheler ile sakıt olmaz.

Kısasın İstifası (uygulanması) İçin Vekil Tayin Etmek

Eğer müvekkil aynı zamanda *veliyüddem* (kısas hakkının takibinde yetkili) olur ve hazır bulunursa caizdir. Çünkü o istifaya muktedir olmayabilir. Bu durumda vekil tayin etmek ihtiyacını duyar. Şayet gaip ise caiz olmaz. Çünkü hazır olduğu takdirde katili affetmesi ihtimali vardır. Şüphenin varlığı ile birlikte kısasın tatbiki ise caiz değildir.

İstifa konusunda Hanefî mezhebinin görüşleri böyledir. [2] Özeti şudur: Müvekkil olan mecniyyunaleyh istifa vaktinde hazır olmaksızın hadlerin ve kısasın istifası için vekâlet vermek caiz değildir. Çünkü hadler ve kısas şüphelerle bertaraf edilir. Müvekkilin hazır olmaması hâlinde ise affetmek şüphesi sabittir. Halbuki hazır olması veya varolması hâlinde şüphe söz konusu olmayacağından durum böyle değildir.

1- *el-Bedâyi,* a.y.; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 503; *Ravzatu't-Tâlibîn,* IV, 293; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* V, 207.

2- *el-Mebsût,* XIX, 9, 106; *Fethu'l-Kadîr,* VI, 104 vd.; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 6; *el-Bedâyi,* VI 21 vd.; *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 218.

Malikîlere göre: Müvekkilin huzurunda da gıyabında da ukubat (cezalar)ın istifa edilmesi için vekâlet caizdir. (1)

Hanbelîlere göre: Mezheplerindeki zahir görüşe göre müvekkilin huzurunda ve gıyabında hadlerin ve kısasın istifası için vekâlet vermek caizdir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Ey Üneys! Şu adamın hanımına git, itiraf edecek olursa onu recmet!" Üneys yanına gitti, o da itiraf etti. Bunun üzerine emir verdi ve kadın da recmedildi."* (2) Yine Peygamber (a.s.), Mâiz'in recmedilmesini emretti, ashab-ı kiram da onu recmetti. Hz. Osman da Hz. Ali'ye, el-Velîd b. Ukbe'ye şarap içme haddinin uygulanması için vekâlet vermiştir. Hz. Ali de el-Hasen'i bu konuda vekil tayin etmek istemiş, ancak kabul etmeyince Abdullah b. Ca'fer'i vekil tayin etmiş, o da bu cezayı uygularken Hz. Ali de vurulan sopayı saymaya koyulmuş. Çünkü bu durumda vekâlete ihtiyaç doğabilir. Zira imamın (İslâm devlet başkanının) bizzat haddi uygulamasına imkân olmayabilir.

Bazı Hanbelîler de Hanefîler gibi şöyle demiştir: Müvekkilin gıyabı hâlinde kısas ve kazf haddinin istifası caiz olmaz. Çünkü müvekkil affedebilir, o takdirde ceza düşer. Bu ise istifayı engelleyen bir şüphe ihtimalidir. Diğer taraftan af, teşvik edilmiş bir şeydir. Haddin uygulanmasında hazır olduğu takdirde kendisine kısas uygulanan veya kazfeden bir kimseye merhamet edip affedebilir.

Şu kadar var ki, daha önceden de söylediğimiz gibi, birinci görüş Hanbelî mezhebinde zâhir olan görüştür. Çünkü mezhebe göre müvekkilin huzurunda istifası caiz olan şeyin gıyabında da caiz olması söz konusudur; hadler ve diğer haklarda olduğu gibi. Af ihtimali ise oldukça uzaktır. Diğer taraftan açıkça görüldüğü gibi, o affedecek olsa, affettiğini vekiline bildirir. Aslolan ise affetmemektir. O bakımdan böyle bir ihtimalin etkisi olmaz. (3)

Şafiîlere göre: Kısas ve kazf haddi gibi insanlara ait hakların istifasında, diğer malî haklarda olduğu gibi, vekâlet vermek sahihtir. Hatta bazan kazf haddinde vekâlet vermek vacip bile olabilir. Aynı şekilde yol kesme haddinde de bu böyle olabilir. Bu konuda müvekkilin hazır olması ile olmaması arasında bir fark yoktur.

Aynı şekilde imamın yüce Allah'ın hadlerinin istifası için vekil tayin etmesi de sahihtir. Çünkü Peygamber (a.s.) haddi uygulamak üzere Üneys'i göndermiş ve demiştir ki: *"Ey Üneys! Şunun hanımının yanına git; eğer itiraf ederse onu recmet!"* Ayrıca Hz. Peygamber Mâiz kıssasında: *"Onu götürüp recmediniz,"* demiştir. Hz. Osman (r.a.) da Hz. Ali (r.a.)'yi el-Velid b. Ukbe'ye içki içme haddini uygu-

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 297; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 378.

2- Bu hadisin kaynakları, Ebu Hureyre ile Zeyd b. Hâlid el-Cuhenî'den gelen rivayetleri ile belirtilmiş idi. Hadisi *Muvattâ*'da İmam Malik Ahmed ve İbni Mâce müstesna, *Kütüb-i Sitte* musannifler rivayet etmişlerdir.

3- *el-Muğnî,* V, 84; *el-İfsâh,* 208.

lamak üzere vekil tayin etmiştir. [1]

Özet olarak, Malikîler, Şafiîler ve Hanbelîler, hasmın hazır olmaması halinde de hadlerin ve kısasın istifasını (uygulanmasını) caiz görürler, Hanefîler ise bunu hasım hazır olmadıkça caiz görmezler.

Zihar gibi bir masiyette vekâlet vermek caiz değildir. Hanımından zihar yapan kimse, vekil tayin edemez; çünkü bu bir münker ve masiyettir [2].

Kulların haklarında vekâlet:

Kul hakları ikiye ayrılır: Bir kısım haklar vardır ki -öldürme veya öldürmenin dışındaki cinayetlere karşılık kısasta olduğu gibi- şüphenin varlığı hâlinde istifa edilmeleri caiz değildir. Bir kısmının da şüphenin varlığı ile birlikte istifa edilmeleri caizdir. Birinci türün hükmü, az önce gördüğümüz gibidir. Ebu Hanife ile Muhammed'e göre bunun ispat edilmesinde vekâlet vermek sahihtir.

Mecniyyünaleyh'in gıyabı hâlinde ise istifa edilmesi için vekâlet vermek caiz değildir; çünkü mecniyyunaleyhin bulunup da onu affetmesi sonucu ceza kalkabilir. Demek ki, bu durumda af şüphesi söz konusudur. Hadler ise açıklamış olduğumuz gibi şüphelerle bertaraf edilir.

İkinci tür ise şüphe ile birlikte istifa edilmeleri caiz olan haklardır. Bunlar borçlar, ayn'lar ve kısasın dışındaki diğer haklardır. Hak sahibinin bunları affetmesi ve bu haklarını üzerinde bulunduğu kimselere bağışlaması şüphesinin varlığına rağmen, vekilin bunları taslim alması caizdir. Bu tür hakların hükmü şudur: Hanefîlerin ittifakı ile bunların istifa edilmeleri için de isbat edilmeleri için de vekâlet vermek sahihtir. Husumet (dava açmak) için vekâlet vermenin caiz olduğunun delili, insanların buna duydukları ihtiyaçtır. Çünkü herkes husumet (dava açma) şekillerini bilmeyebilir. Hz. Ali'nin Akîl'e vekâlet verdiği sahih rivayetlerle sabittir. Yaşlandıktan sonra da Abdullah b. Ca'fer'e vekâlet vermiştir.

Şu kadar var ki, Hanefîler deyn, ayn ve diğer hakların isbât edilmesi için vekâlet vermenin gerekliliği konusunda hasmın rızasının bulunmasını şart koşmakta farklı görüşlere sahiptir.

Ebu Hanîfe şöyle der: Müvekkil vekili ile birlikte mahkemede hazır olmadığı takdirde, hasmın rızası olmaksızın husumet konusunda vekâlet vermek, bağlayıcı değildir. Ancak müvekkil hasta veya üç günlük veya daha uzak bir mesafede yolculukta ise veya iddiasını güzelce yapamıyor ve gereken şekilde mahkemeleşemiyorsa yahut tesettüre riayetle meskeninden ayrılmayan bir kadın olur yahut kadın ay başı veya lohusa olup hakim de mescitte bulunursa müstesnadır. Çünkü bu gibi durumlarda kadın, erkeklerin toplu olarak bulunduğu yerlerde hazır olmaktan utana-

1- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 221; *el-Mühezzeb*, I, 349.
2- *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 504; *Nihâyetü'l-Muhtâc*, V, 22.

bilir, husumet (da'va)tan sonra cevap vermekten çekinebilir, bunun sonucunda da hakkı zayi olur. Sözü geçen hâllerin dışında hasım eğer müvekkil hâkimin meclisinde hazır değilse, vekil ile mahkemeleşmekten imtina edebilir. Çünkü onun hüküm meclisinde hazır bulunması ve onunla davalaşması hasmının onun üzerindeki bir hakkıdır. Dolayısıyla üzerindeki borcu gibi hasmın rızası olmaksızın bunu başkasına aktaramaz. [1] Özetle, Ebu Hanife, özrü olmayan kimsenin hasmın rızası olmaksızın vekâlet vermesini -müvekilin vekili ile birlikte yargı meclisinde hazır bulunmaması hâlinde- caiz kabul etmez. Ancak müvekkil yargı meclisinde hazır bulunacak olursa vekâletin caiz olduğunda İmam Ebu Hanîfe ile iki talebesi arasında görüş ayrılığı yoktur.

İmam Muhammed ile İmam Ebu Yûsuf ve Hanefîlerin dışında kalan diğer imamlar şöyle demektedir: Hakların talep ve ispat edilmesi ve haklar konusunda muhakeme için vekâlet vermek caizdir. Müvekkil ister hazır olsun ister olmasın, ister sağlıklı olsun isterse de hasta olsun ve isterse hasım buna razı olmasın değişen bir şey yoktur. Şu kadar var ki, vekilin hasma düşman olmaması şarttır. Çünkü sözü geçen hususlar, haklarında vekâletin caiz olduğu birer haktır. Dolayısıyla sahibinin -hazır olmaması ve hasta olması hâllerinde üzerindeki malî hakkı ödemek hâlinde olduğu gibi- hasmın rızası olmaksızın dahi başkasını yerine vekil tayin edebilir. Çünkü bu konuda ashabın (Allah onlardan razı olsun) icmâsı vardır. Ali (r.a.), Ebu Bekr (r.a.)'in yanında Âkîl'i vekil tayin etmiş ve şöyle demiştir: *"Onun lehine verilen hakimin hükmü benim de lehimedir, aleyhine verilen hüküm benim de aleyhimedir."* Hz. Osman'ın yanında da Abdullah b. Ca'fer'i vekil tayin etmiş ve şöyle demiştir: *"Husumetin helâk edici yönleri vardır. Ve şeytan husumette hazır bulunur. O bakımdan ben husumette hazır bulunmaktan hoşlanmıyorum."* Diğer taraftan husumetlerde vekalet vermek ihtiyaç olabilir. Çünkü kimi zaman o haklı olabilir, kimi zaman hakkında dava açılabilir ve kendisi bu konuda savunmayı gereği şekilde yerine getiremez [2]; yahut da bizzat bu işi üstlenmek de istemeyebilir [3].

Malikîler şunu istisna etmişlerdir: Müvekkil hasmı ile üç veya daha çok celsede hakimin önünde bulunacak olursa o vakit hastalık gibi bir mazeret olmaksızın vekâlet vermesi onun için caiz değildir. Hanbelîler ise husumet (dava açılması) de

---

1- *el-Mebsût,* XIX, 7 vd.; *Fethu'l-Kadîr,* VI, 104-105; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 8 vd.; *el-Bedâyi* VI, 22; *Muhtasaru't-Tavâhî,* 108; *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 418; *Tekmiletü İbni Abidîn,* VII, 208; *el-Ferâidü'l-Behiyye* 134. İbni Abidîn der ki: "Bunun cevazında görüş ayrılığı yoktur. Görüş ayrılığı bunun lüzumundadır. Yani vekâlet hasmın kabul etmemesiyle reddolunur mu? Ebu Hanife'ye göre reddolunur; Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre reddolunmaz; hasım bunu kabule mecbur edilir."

2- Sözlükte *husumetin* manası, anlaşmazlık ve karşılıklı tartışmadır. Ancak fakihlerin ıstılâhında kastedilen mana bu değildir. Mutlakın söylenip ve mukayyedin kastedilmesi türünden mecazen, müddeinin iddiasına cevap vermek anlamındadır.

3- *Muhtasaru'l-Halîl,* 216; *el-Mîzân,* II, 83; *el-Muğnî,* V, 81; *el-Mühezzeb,* I, 348; *eş-Şerhu'l-Kebû* III, 378; *el-İfsâh,* 207; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 471.

vekâletin caiz olması için iki şart koşmuşlardır:

a) Vekâletin, husumetde (davada) zâlimliği bilinen müvekkil tarafından verilmemiş olması. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"Hainlerin lehine müdafaacı olma."* (Nisâ, 105)

b) Müvekkilinin gerçek durumunu bilmediği hâlde vekilin müvekkilin herhangi bir hakkını isbat veya nefyetmek üzere davalaşmaması.

Hanefîlerde fetva için tercih edilen (muhtar olan) görüş, vekâlet verme yetkisinin hakime bırakılmasıdır. Şayet hakim hasmın işi yokuşa sürdüğünü bilecek olursa, o razı olmasa dahi vekil tayinini kabul eder. Eğer müvekkilin, hasmına zarar vermek maksadında olduğunu bilirse bu sefer de vekil tayin etmeyi kabul etmez.[1]

Şahitlik için vekâlet vermek:

Bu, caiz değildir. Çünkü şahitlik bizzat şahit ile alâkalıdır. Çünkü şahitlik kişinin gördüğünü veya işittiğini haber vermesidir. Böyle bir husus ise şahidin vekilinde gerçekleşmez. [2]

Husumet (dava) için vekâlette ikrar ettiği yolunda vekâlet vermek:

Muhammed'in *el-Asl*'da zikrettiğine göre bu Hanefîlerce de Malikîlerle Hanbelîlere göre de câizdir. Bu: "Filân kişinin lehine benim adıma şu ikrarda bulunman üzere sana vekâlet veriyorum" demek ve vekilin de: "Onun namına şunu ikrar ediyorum" yahut da "Ben onu şunu ikrar etmesi için tayin ettim." demekle olur; çünkü böyle bir ikrar söz ile zimmetteki bir hakkın ispatı manasında olacağından, alışverişte olduğu gibi bunda da vekâlet vermek caiz olur. [3]

Şafiîlerde esah olan görüşe göre ikrarda vekâlet vermek caiz değildır. Çünkü ikrar bir hakkın mevcudiyetini haber vermektir. Şahitlikte olduğu gibi bunda da vekâlet kabul edilmez. Zira şahitlikte vekâlet sahih değildir. Çünkü şahitlik bizzat şahide taalluk eder ve onun gördüğü veya işittiği şeyi haber vermek manasınadır. Onun tayin ettiği vekilde ise böyle bir husus gerçekleşememektedir. [4] Cumhur ikrarın şahitliğe kıyas edilmesini şöylece reddetmiştir: Bunlar arasında bir fark vardır. Çünkü şahitlik herhangi bir hak ispat etmez. O sadece hakkın başkası üzerinde sâbit olduğunu bildirmektir.

Borcun kabzedilmesi için vekâlet

Yukarıda geçenlerin dışındaki durumlarda borcun kabzedilmesi için vekâlet

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, III, 418.
2- *Nihâyetü'l-Muhtâc*, V, 22; *el-Muğnî*, V, 82.
3- *el-Bedâyi*, VI, 22; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II,297; *el-Muğnî*, V, 82.
4- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 221; *el-Mühezzeb*, I, 349.

vermek caizdir. Çünkü müvekkil bizzat kendisi bu hakkını alamayabilir. Bu bakımdan alışveriş ve diğer tasarruflarda vekile ihtiyacı olduğu gibi, bunları da başkasına havale etmek gereğini duyabilir. Şu kadar var ki, selem malının sermayesini ve sarf bedelini kabzetmek için vekâlet vermek ancak akit meclisinde caiz olur. Çünkü müvekkilin kendisi o mecliste kabza malik olabilir; başkasında değil. Böylece medin (borçlu) de kabz ile borçtan kurtulur. (1)

Borcun ödenmesi için vekâlet :

Borcun ödenmesi için vekâlet caizdir. Çünkü müvekkil bizzat kendisi borcunu ödeyebilir ve bazan borcu bizatihi ödeme imkânını bulamayacağından bu işi başkasına havale etme gereğini duyabilir.

Borçtan ibra için de vekâlet caizdir. Çünkü borcun ispatı ve istifası (tahsil edilmesi) için vekâlet vermek caiz olduğuna göre, borçtan ibra için de vekâlet caiz olur.

Şuf'a talebinde bulunmak, ayb (kusur) sebebiyle reddetmek ve paylaştırmak isteği için de vekâlet caiz olur. Çünkü bu gibi hakları bizzat kendisi yerine getirebilir; bu bakımdan onları başkası vasıtası ile yerine getirmek imkânına da sahiptir.

Nikâhlamak, hul' yapmak, kasden öldürme karşılığında sulh ile inkâr karşısında sulh için de vekâlet vermek caizdir. Çünkü kişi bu gibi tasarruflara bizzat kendisi malik olduğundan, bunları başkasına havale edebilir.

Aynı şekilde hibe, sadaka, iare, ida, rehin, istiare, rehin istemek, istihap (yani başkasından hibe talep etmek) da, önceden de açıklamış olduğumuz gibi vekâlet caizdir.

İkraz ve istikraz (yani borç vermek ve borç istemek)da vekâlet caiz olduğu gibi, ortaklık kurmak ve müdarebe aktinde de caizdir. Ancak istikrazda vekâlet verme hâlinde, müvekkilin vekil tarafından alınan borca malik olması, vekilin: "Beni filân kişi sana şu miktarda senden borç almak üzere gönderdi" demesi halinde söz konusu olabilir. O vakit gönderilen kişi bir elçi olur, vekil olmaz. O vakit de bu istikraz için vekâlet batıl olur.

Talak, kiraya verme ve kiralama vekâlet caiz olduğu gibi, sulh ve ibra için de belirtmiş olduğumuz sebep dolayısıyla caizdir.

Selem ve sarf için vekâlet vermek de caizdir. Çünkü bu gibi akitleri bizzat kendisi yapmak imkânına sahip olduğu gibi, bunları başkasına havale etmek imkânına da sahiptir. Şu kadar var ki, bilindiği gibi bedelin akit meclisinde kabzedilmesi şarttır. (2)

1- *el-Bedâyi,* a.y.

2- *el-Bedâyi,* VI, 23; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 297; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 220 vd.; *el-Muğnî,* V, 81; *el-Mühezzeb,* I, 348; *Fethu'l-Kadîr,* VI, 21 vd.

Ancak bazı akitleri vekilin bizzat kendisine isnat etmesi (kendi adına yapması) sahih değildir. Aksine bu akitleri müvekkilin kendisine isnat etmesi kaçınılmazdır. Nikâh bunlardan birisidir. Vekilin: "Ben bu evliliği müvekkilim filânın adına kabul ediyorum" veya: "Beni vekil tayin eden filân hanımı evlendiriyorum" demesi lâzımdır. Şayet: "Ben bu evliliği kabul ediyorum" der ve kendisinden başkası ile kayıtlamazsa veya: "Kendi adıma bu evliliği kabul ediyorum" diyecek olursa bu akit onun adına gerçekleşir; müvekkilinin adına değil.

Hibe de bu tür akitlerdendir. Hibede vekilin "Benim müvekkilim hibe etti" demesi kaçınılmazdır. Şayet; "Ben hibe ediyorum" diyecek olursa bu hibe sahih olmaz.

(Kasten öldürmede) kan bedeli üzerine sulh ile inkâr üzerine sulh da bunlardandır. Eğer bir kişi bir başkasının üzerinde iki yüz dirheminin olduğunu iddia eder, o kimse de bunu inkâr eder ve sonra da yüz dirhem ödemek üzere sulh yapmak için birisine vekâlet verirse, sulh esnasında vekilin, meselâ "Bu sulhu filânın adına yüz dirhem üzere kabul ediyorum." demesi zaruridir. Aksi takdirde bu sulh caiz olmaz. Bu, ikrar üzere yapılan sulhün aksinedir. Böyle bir sulhun vekile de müvekkile de izafe edilmesi sahihtir.

Sadaka vermek de bu tür akitlerdendir. Eğer kendisinin malında şu miktar tasaddukta bulunması için vekâlet verecek olursa vekilin bu sadakayı müvekkiline izafe etmesi gerekir. Değilse bu sadaka kendi şahsına verilmiş olur.

İda, iare, rehin, ortaklık ve mudarebenin de müvekkile izafe edilmesi zaruridir. [1]

Özet olarak, kişinin bizatihi kendisinin yapması caiz olan akitlerde -Hanefîlerin söylediği gibi- başkasına da vekâlet vermesi caizdir. [2]

Akitlerin feshi için vekâlet caizdir. Çünkü bu akitleri yapmak için vekâlet vermek caiz olduğuna göre, feshinde böyle bir cevaz öncelikle söz konusudur.

Mübah şeylerin mülk edinilmesi için vekâlet:

Mevat (ölü) arazinin ihya edilmesi, sulama, avlanma, ot toplama, madenlerin çıkartılması gibi mübah işlerde vekâlet, Hanefîlere göre caiz değildir. Şayet vekil sözü geçen hususlardan her hangi bir şey ele geçirecek olursa bu kendisinindir. Müvekkilin bunlardan alacak bir şeyi yoktur. Malikîler ile Şafiîlerde azhar olan görüşe göre caizdir. Hanbelîlere göre de caizdir. Çünkü bu ona bağlı olarak taayyünü söz konusu olmayan bir sebep dolayısıyla bir malın mülk edinilmesidir. Dolayısıyla satış, hibe veya buna benzer diğer mülk sebeplerinde oludğu gibi, bunlarda da vekâlet

1- *el-Fıkhu ale'l-Mezahibi'l-Erbaa*, 233.
2- *el-Bidâye*, III, 109.

vermek caizdir [1].

Avukatlık vekâletinde olduğu gibi- husumet (dava) vekâleti:

İnsanlara ait haklarda caizdir. Çünkü rivayet edildiğine göre Hz. Ali, Ebu Bekir ve Ömer'in huzurunda husumet (dava) için Akîl'i vekil tayin etmiştir. Hz. Osman'ın huzurunda ise Cafer b. Abdullah'ı vekil tayin etmiştir [2]. Çünkü bu gibi konularda vekâlet vermek bir ihtiyaçtır. Zira kişi kendi haklarını müdafaayı güzelce beceremeyebilir yahut da davayı bizzat kendisi yürütmeyi istemeyebilir [3].

Alışveriş için vekâlet:

Fakihler arasında, bunun caiz olduğuna ihtilâf yoktur. Çünkü bu gibi şeyleri müvekkilin bizzat yapma imkânı vardır. Dolayısıyla bunlar için başkasını vekil tayin etmesi de onun için mümkündür. Şu kadar var ki, satın alma vekâletinin caiz olması için bir şart aranır; o da vekâlet hususî bir vekâlet ise ileri derecedeki bilgisizlik (cehâlet-i kesîre)ten uzak olma gereğidir

Hanefîlerde sözü geçen hususun açıklaması şöyledir: Satın almak için vekâlet vermek, umumi ve hususi (genel ve özel) olmak üzere iki çeşittir: [4]

Genel vekâlet: Müvekkilin: "Bana istediğini" veya "uygun gördüğünü" yahut "hangi elbiseyi" veya "Hangi evi istersen benim için satın al" veya buna benzer söz söylemesi gibidir. Bu gibi vekâlet, türün niteliği ve kıymeti açıklanmadığından ileri derecedeki bilgisizliğin bulunmasına rağmen sahih olur. Çünkü o bu konuda görüşü vekile bırakmıştır. Mudarebe aktinde olduğu gibi, ileri derecedeki cehaletle birlikte sahih olur.

Genel vekâletin caiz kabul edilmesinde Malikîlerin görüşü de Hanefîlere uygundur. Malî hususlarda evlilik, boşama ve buna benzer vekâletin sahih olduğu her şey, bunun kapsamına girebilir. Bundan müvekkilin istisna ettiği şeyler hariç kalır.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre az veya çok her konuda vekâlet vermek gibi genel bir vekâlet, sahih değildir. Çünkü kabul edilmesi için zaruret bulunmayan ileri derecedeki garar (garar-ı kesîr= çok aldanma) söz konusudur.

Özel vekâlet: Müvekkilin (vekiline): "Bana bir elbise al, bir ev, bir mücevher veya buna benzer bir şey satın al" demesi gibidir. Bu konuda bilgisizlik hususunda kıyas ile istihsana göre hükümler farklıdır. Kıyasa göre, az veya çok olsun, cehaletin varlığı halinde böyle bir vekâlet sahih olmaz. Cinsin, türün, niteliğin ve kıymetin miktarının beyan edilmesi zaruridir. Çünkü alışveriş basit cehalet ile birlikte sa-

---

1- a.g.e.

2- Beyhakî, *Sünen*, VI, 81.

3- *el-Hidâye*, III, 136; *Muhtasaru'l-Halîl*, 216; *el-Mühezzeb*, I, 148; *el-Muğnî*, V, 81.

4- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 328; *Tuhfetü't-Tullâb*, 159; *Gâyetü'l-Munteha*, II, 151.

hih olmaz. Dolayısıyla bu gibi hususlarda da vekâlet vermek sahih değildir.

İstihsana göre ise basit bir cehaletin bunda etkisi olmaz. İleri derecedeki cehalet böyle bir vekâletin sıhhatine etki eder. İstihsanın izahı şöyledir: Sabit olduğuna göre Resulullah (a.s.) Hakim b. Hizâm'a kendisine bir kurbanlık satın alması için bir dinar vermiştir.

Şayet az miktardaki cehalet satın almak için vekâlet vermenin sıhhatini engelleyici olsaydı, Resulullah (a.s.) bunu yapmazdı. Çünkü nitelik ile ilgili cehalet kurbanlığın zikredilmesi ile, bedelinin miktarının belirtilmesi ile ortadan kalkmaz. Diğer taraftan vekâlet konusundaki az cehalet anlaşmazlığı gerektirmez. Çünkü vekâlet vermenin esası hoşgörüdür.

Az miktardaki cehaletin ölçüsü: Eğer satın almak için vekâlet verilen şeyin adı, ancak bir türünü kapsamakta veya niteliği veya bedelinin miktarı zikredilmiş ise bu durumda cehalet az demektir.

Şayet satın alınması için vekâlet verilen şeyin adı, değişik türleri kapsamakta, değişik türler hükmünde ise bu konudaki cehalet çok demektir. Dolayısıyla müvekkil, satın alınacağın türünü açıklamadıkça vekâlet caiz olmaz ve kıymetin miktarı veya niteliğin belirtilmesi ile yetinilmez.

Buna göre basit cehalet, birimlerinin kıymeti arasında ileri derecede fark bulunmayan ve sadece türle ilgili cehalet hakkında söz konusudur.

İleri derecedeki cehalet (Cehalet-i Kesîre)'e ise, türün cehaletidir. Buna göre Hanefîler, alışverişte bağışlanır kabul etmedikleri aldanma miktarını burada bağışlanır görmektedirler. Burada onların basit ve önemsiz olarak değerlendirdikleri cehalet, onların çoğu tarafından alışverişin sıhhati için, bir kısmına göre ise alışverişin lüzumu için engel kabul edilen ileri derecedeki cehalettir. [1]

Aşağıdakiler az miktardaki cehalete örnektir:

Müvekkil vekiline: "Bana İngiliz yahut Hint veya Japon yünü satın al" diyecek olsa vekâlet sahihtir. Çünkü satın alınacak malın niteliğini açıklamıştır. "Bana bin liralık yün al" dese vekâlet yine sahihtir, çünkü kıymetin miktarını açıklamış bulunmaktadır.

Şayet "Bana bir eşek yahut bir katır veya bir at ya da bir deve satın al" diyecek olsa, bunun ne bir niteliğini ne de parasını açıklamasa yine vekâletin sahih olacağını söylemişlerdir. Çünkü cins bilinmektedir. Bu ise fertlerin değişmesi ile değişiklik arzetmez. Burada nitelik de bilinmektedir, bu da müvekkilin hâline göredir.

Şayet "Bana bir koyun veya bir inek satın al" dese ve bunun niteliğini de bedelini de zikretmese vekâlet sahih olmaz. Çünkü koyun ve ineğin niteliği müvekkilin

1- *el-Garar ve Eseruhu fi'l-Ukûd*, 559.

durumu ile bilinmiş olmaz. Bunlardan herhangi birinin bilinmesi daha önceden kaydettiğimiz gibi zaruridir.

Aşağıdaki örneklerde ileri derecedeki cehalete örnektir:

Müvekkil vekiline: "Bana bir hayvan, bir elbise, bir binek, bir arazi, bir mücevher, buğday veya bir ev vb. satın al" diye herhangi birisini belirtecek olsa, böyle bir vekâlette ileri derecedeki cehalet (bilgisizlik) söz konusu olacağından, sahih olmaz. Çünkü sözü geçen bu isimlerin her birisi değişik türler hakkında kullanılır. Meselâ "elbise" ipek, pamuk, keten, yün ve buna benzer şeylerden yapılmış olabilir. Dolayısıyla belirli bir türden söz etmesi, meselâ; "Bana Şam mamulü pamuklu bir elbise satın al" demesi yahut da "Bana şu paraya" veya "şu miktarda buğday al" demesi gerekir. [1]

3. Vekâletin Hükümleri

Vekâlet sahih olarak gerçekleştiği takdirde, vekilin malik olduğu tasarruflar ile alâkalı, alışveriş için vekâlet verme halinde ona raci bir takım haklar ve elinde kabz edilenin durumu ile alâkalı bir takım hükümleri vardır. Acaba bu kabzedilen bir emanet mi kabul edilir, yoksa madmun (tazminat altında) mu kabul edilir?

1- Vekilin Tasarrufları:

Vekâletin kapsadığı tasarruf yetkisinin sabit olması vekâletin bir sonucudur. Burada vekilin yapabileceği ve yapamayacağı tasarruf şekillerini bilmek için vekâletin çeşitlerini ele almamız gerekmektedir.

a) Dava vekili (avukat):

- *İkrar yetkisi:* Husumet, yani kadı'nın önünde dava açmak -günümüzdeki avukat gibi- için vekil olan kimse Hanefîlerin cumhuruna göre kısas ve hadlerin dışında müvekkilinin aleyhine ikrar yapma imkanına sahiptir. Çünkü dava için vekâlet verilmiş kimse, aynı zamanda hakkı açıklamak ve ispat etmek için müddei (davacı)nin davasına (iddiasına) cevap vermek için vekildir. Bu konuda münazaa için vekil değildir. İddiaya karşı verilecek cevap inkâr da olabilir ikrar da. [2] Ebu Hanife ve Muhammed bu ikrarın hakimin huzurunda yapılması kaydını şart koşarlarken, Ebu Yûsuf böyle bir kayıt şart koşmaz. Hakim huzurunda ve başka yerlerde vekilin ikrarda bulunmasını caiz kabul eder.

İmam Züfer, Şafiî ve Malik şöyle der: Vekâlet mutlak olduğu takdirde müvekkilin aleyhine ikrarı ihtiva etmez. Eğer dava için birisini vekil tayin ederse onun müvekkilinin aleyhine hakkın kabzedilmiş olması ve buna benzer müvekkilinin

1- *el-Mebsût,* XIX, 38 vd.; *el-Bedâyi,* VI, 23; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 27 vd.; *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 420; *Tekmiletü Reddi'l-Muhtâr,* VII, 365.

2- *el-Bedâyi,* VI, 24; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 10; *el-Mebsût,* XIX, 4 vd.; *ed-Dürru'l-Muhtâr,* IV 430; *el-Kitâb, ma'a'l-Lübâb* II, 151.

aleyhine ikrarları kabul edilmez. Çünkü dava için vekâlet vermenin anlamı, münazaa için bir vekâlettir. İkrar ise bir müsalemet (sulh, barış)tir. Çünkü ikrar husumeti ortadan kaldırıcı bir muhtevaya sahiptir. Dolayısıyla dava maksadıyla verilen vekâletin manasına aykırıdır. Vekil ibrada olduğu gibi buna malik değildir. İnkârın ikrardan farkı, aradaki husumeti ortadan kaldırmamasıdır. Diğer taraftan vekil müvekkilin ikrarda bulunmasını engelleyecek şekilde inkârda bulunma imkânına sahip değildir. Şayet ikrara malik olacak olursa müvekkil için inkâr imkânı kalmaz. Bu ise caiz değildir. Bunun da delili şudur: Vekil herhangi bir hak karşılığında sulh yapmak veya bu konuda ibrada bulunmak imkânına sahip değildir ve bunda hiç bir görüş ayrılığı yoktur.[1]

Malikîler bundan vekilin vekâletinin umumi olup müvekkilin de vekâlet aktinde ona ikrar yetkisini vermiş olması hâlini, bir de müvekkilin hasmının vekiline ikrar yetkisini vermiş olması şartını koşma hâlini istisna etmişlerdir. Müvekkilin hasmının böyle bir yetkinin verilme şartını koşması: "Ben ona ikrar yetkisini vermediğim sürece senin vekilin ile hasımlaşmam (davalaşmam)" demesi şeklinde olur.

Aslında bu konudaki ihtilâfın kaynağı, şu kaidedir: Mutlak ve küllî emir her hangi bir şeyin cüziyyâtını da emri gerektirmekte midir, gerektirmemekte midir? Hanefîler küllî olanın cüzî olanı zorunlu olarak kapsaması sebebiyle sözü geçeni gerekli görürler. Buna göre vekilin husumeti ikrar etmesi sahihtir.

Hanefîlerin dışındakiler şöyle der: Bu, sözü geçeni gerektirmez. Çünkü herhangi bir tür ile veya herhangi bir birimi ile cinsin ihtisası (özel olarak kastedilmesi, özelleştirilmesi) söz konusu değildir. Dolayısı ile vekilin husumet ikrarı da sahih olmaz. Çünkü lafız mutlaklığı bakımından bunu kapsamaz. Örfî karine bunu reddetmiyorsa da gerektirmesi de söz konusu değildir.

Buna göre Hanefîlerin dışında kalan cumhur şöyle demektedir: Müvekkil vekiline meselâ "Şu ayn'ı sat!" diyecek olsa, mutlak vekil herhangi bir şeyi fahiş gabn ile de semen-i misil ile de semen-i misilden aşağısı ile de; nakit ile de veresiye ile de satamaz. Çünkü bu konuda cins her hangi bir tür veya herhangi bir birimi ile tahsis edilmiş değildir. O semen-i misil ile satma imkânına, örf dolayısıyla rızasına delâlet eden karine sebebiyle sahip olmuştur. [2]

Diğer taraftan vekilin ikrarının caiz olduğunu söyleyen Hanefîler bu ikrârın sahih olduğu yer hakkında ihtilâf etmişlerdir:

Ebu Hanife ve Muhammed şöyle der: Vekilin sadece mahkeme huzurunda ikrarı sahihtir, başka yerde değil. Ayrıca bu ikrar, kısasın dışında olmalıdır. Çünkü müvekkil, işi ona havale etmiştir. Fakat bunu yargı meclisi için vermiştir. Çünkü

1- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 297; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 397; *el-Mühezzeb*, I, 351; *el-Muğnî*, V, 91.
2- *Tahricü'l-Fürû' ale'l-Usûl*, 100.

vekâlet vermek, burada husumet ile veya husumete verilecek cevap ile ilgilidir. Bütün bunlar ise hakim huzurunda bilhassa olur. Bunun delili de; mahkeme dışındaki yerlerde cevap verme zorunluluğunun olmayışıdır.

Ebu Yûsuf şöyle der: Vekilin kadı meclisinde de, başkasında da ikrarı sahihtir. Çünkü vekâlet vermek, müvekkilin sahip olduğu şeyi başkasına havale etmesi demektir. Müvekkilin ikrarının sıhhati ise hakim huzurunda olmaya bağlı olmadığı gibi, vekilin ikrarı da böyledir. (1)

Hanefîler şu noktada ittifak etmişlerdir: Dava açmak üzere vekâlet verse ve ikrarda bulunmak ile şahitlerin tezkiyesi hususunu vekil akdinde istisna edecek olursa sahih olur ve inkâr etmek hususlarında vekil olur. Eğer istisna akitten ayrı ve mutlak olarak vekâlet gerçekleştikten sonra olursa, Ebu Yusuf'a göre, bu istisna sahihtir, Muhammed'e göre sahih değildir.

İlim adamları babanın, vasinin, hakimin tayin ettiği kimsenin küçüğün aleyhine yaptığı ikrarın sahih olmayacağı görüşünde ittifak etmişlerdir.

- *Kabz yetkisi:* Her hangi bir mal hususunda husumette (davalaşmak) vekil olan bir kişi, şayet hakim o malda lehine hüküm verecek olursa Hanefîlerin cumhuruna göre onu kabzedebilir. Züfer'e göre edemez. Delili şudur: Husumet için vekilden istenen şey hakka ulaşmaktır. Kabz için tayin edilen vekilden istenen ise emanettir. Bir takım şeyler elde edebilen herkes o konuda "emin" demek değildir. Dolayısıyla husumette bulunmak için vekâlet vermek, kabz için de vekâlet vermek demek değildir.

Hanefîlerin cumhuru ise Züfer'in deliline şöyle cevap verirler: Müvekkil husumet için başkasına vekâlet verince, o husumet konusunu da kabzetmek üzere ona güvenmiş demektir. Çünkü bu konudaki husumet, anlaşmazlık, ancak kabz ile sona erer. Dolayısıyla husumete dair verilen vekâlet, kabz hakkında da verilmiş demektir. (2)

Hidâye müellifi der ki: "Bu gün fetva Züfer'in görüşüne göre verilir. Çünkü vekillerin hainlikleri ortaya çıkmıştır. Kimi zaman mal konusunda kendisine güven duyulamayan kişiye husumet konusunda güven duyulabilir." (3)

Şafiîlerle Hanbelîlere göre, husumet konusunda vekil olan kimse, kabz imkânına sahip değildir. Çünkü sarahaten olsun, örfen olsun bu konuda ona izin verilmemiştir. Zira müvekkilin hakkını isbat için beğendiği herkesi o hakkı kabzetmek için beğenmeyebilir. (4)

1- *el-Bedâyi,* a.y.; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 102 vd.
2- *el-Bedâyi,* VI, 24 vd.; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 96.
3-*Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 97; *el-Mebsût,* XIX, 19; *Mecmu'd-Damânât,* 261.
4- *el-Mühezzeb,* I, 351; *el-Muğnî,* V, 91.

- *Sulh ve ibra yetkisi:* Hanefîlere ve Şafiîlere göre vekâlet konusu olan hak üzere sulh yapmak da, bu hakka dair ibra vermek de vekilin yetkisinde değildir.[1]

- *Husumet için tayin edilmiş vekilin başkasına vekâlet vermesi:* Husumet için vekil tayin edilmiş kimsenin başkasını vekil tayin etme yetkisi yoktur. Müvekkilin bu konuda ona izin vermesi müstesnadır. Çünkü insanlar dava açmak konusundaki yeterlilikte birbirlerinden farklıdırlar. Müvekkil ise vekil tayin ettiği kişinin görüşünden razıdır; başkasının görüşünden değil. [2]

b) Borç tahsili [3] için vekil:

Hanefî imamlarından nakledilmiş bulunan rivayetin aslı şunu gerektirmektedir: Borç tahsil etmek için vekil olan kişi borcu kabzetme imkânına da sahiptir. Çünkü bu şekilde tahsilden gözetilen maksat, ancak kabz ile gerçekleşmektedir. Buna göre borç tahsili için vekâlet vermek, kabzı için de vekâlet vermektir. Ayrıca borcun tahsili sözlük manası itibarıyla borcun kabzedilmesi manasınadır. O bakımdan; filândan borcumu tahsil ettim, filândaki hakkımı tahsil ettim" denilirken "Onu aldım" denilmek istenir. *Kamus*'ta da: "Borcu tahsil etti" ibaresi "Ondan kabzetti" şeklinde manalandırılmıştır.

Ancak Hanefî mezhebinin sonra gelen âlimleri şöyle demiştir: Borç tahsili için vekil olan kişi örfen onu kabzetme imkânına sahip değildir. Çünkü günümüzde insanlar artık bozulmuştur. Birbirlerinin mallarında hainlik etme ithamı dolayısı ile onlar vekillerin kabzından razı olmamaktadırlar. İnsanların örfüne göre amel etmek üzerede de fetvaya esas olan görüş budur; örf ise mezhebin konulmuş aslına göre belirleyici kabul edilmiştir. [4]

Borç tahsili için vekil olan kişi bu konuda başkasına vekâlet veremez. Çünkü insanlar onun tahsili bakımından farklılık arzederler. Borçlu kimse bazı kişilerin tahsil etmek üzere gelmesinden rahatsız olabilir.

c) Borcu kabzetmek üzere vekil:

Hanefî imamları, borcu kabzetmek için vekil olan kişi, eğer borçlu inkâr edecek olursa borcu ispat etmek için dava açma imkânına sahip midir, değil midir, konusunda farklı görüşlere sahiptir.

Ebu Hanife şöyle der: Borcun ispatı konusunda dava açma imkânına sahiptir.

1- *Tekmiletü İbni Abidîn,* V, 365; *el-Mühezzeb,* I, 351.

2- *el-Mebsût,* XIX, 12.

3- Borcun *tekâzî (tahsil)* edilmesi; sözlükte borcun alınması demektir. Örfte ise borcun ödenmesinin istenmesi demektir. Bilindiği gibi, örfün hükmü dil hakkında geçerlidir.

4- *el-Bedâyi,* VI, 25; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 97; *el-Mebsût,* XIX, 67 vd.; *İbni Âbidîn,* IV, 429 *el-Kitâb ma'a'l-Lübab,* II, 150.

Hatta müvekkilin borcunu alacaklıdan tahsil etmiş olduğuna veya borçluyu borçtan ibra ettiğine dair delil ikame edilecek olursa, bu konudaki delil kabul edilir. Ebu Hanife bu görüşü için şunu delil gösterir: Borcun kabzedilmesi için vekâlet vermek, mübadele için vekâlet vermektir. (Yani borçlunun zimmetinde bulunan alacağın karşılığında kabzedilen şeyi mülk edinmek demektir.) Malın mal ile mübadelesine dair haklar ise alışveriş ve icarede olduğu gibi âkit (akti yapan) ile ilgilidir. Burada âkit kişi ise vekildir.

Borcun kabzedilmesinin bir mübadele olarak değerlendirilmesini açıklamak üzere şöyle denilmiştir: Borçlar misilleriyle ödenir. Çünkü bizzat borç verilenin kabzedilmesi, gerçekleşmesi düşünülemeyecek bir ödeme (istifa) türüdür. Çünkü borç, borçlunun zimmetinde sabit olan bir vasıftır. Dolayısıyla alacağın tam olarak alınması bir çeşit mübadeleden ibarettir. Bu da borçlunun zimmetinde bulunan şey karşılığında her hangi bir ayn alarak mübadele etmektir. Bu bakımdan böyle bir işlem, satış işlemine benzer. Satış aktinin haklarını ise bizatihi âkit (akti yapan) kullanır. Eğer satış satıcının vekili vasıtası ile gerçekleşmişse müşteri karşısında, aktin gerekleri ile alâkalı her konuda, sorumlu kişi vekildir. Mebînin (satılanın) teslim edilmesi, kusurlardan uzak olması ve buna benzer şeylerde sorumlu odur. Nitekim semenin (malın kıymetinin) teslimini isteyecek kişi de odur.

Ebu Yûsuf ile Muhammed şöyle der: Borç kabzetmek için vekil olan kimse husumet (dava açmak) için vekil olmaz. Çünkü kabz, hakkın kendisinin istifa (tahsil) edilmesidir. O bakımdan o husumetten farklıdır. Mal konusunda kendisine güvenilen her kişi husumet yolunu bilmeyebilir. O sebeple kabz için gösterilen rıza husumet için de rıza demek olmaz.

Hanefîler, meselâ kitap gibi bir aynın kabzedilmesi için vekil olan bir kimsenin, husumette bulunma imkânına sahip olmadığında ittifak etmişlerdir. Çünkü böyle bir vekil sadece bir emindir, burada mübadele söz konusu değildir. Zira o müvekkilin hakkı olan bir aynı kabzetmek üzere vekildir. Kabz ise bir mübadele değildir. Bu bakımdan o elçiye benzer. Buna göre bir kimse başkasını, kendisine ait bir kitabı başkasından kabzetmek üzere vekil tayin ederse, kitabı elinde bulunduran kişi de müvekkilin bu kitabı kendisine sattığına dair beyyine (delil) getirebilirse, müvekkil hazır olana kadar orada durum olduğu gibi kalır.

Yine Hanefî âlimleri şunda ittifak etmişlerdir: Borcunu ödemek mecburiyetinde bırakması için borçludan ayrılmaması için vekil tayin edilen kimse, borcu kabzetmek imkânına da bu konuda husumette bulunma imkânına da sahip değildir.

Yine Hanefî mezhebinin üç imamı şunda ittifak etmişlerdir. Husumet için vekil tayin edilmiş kimse kabz için de vekildir. Çünkü bir şeye malik olan kimse, onun tamamına malik olur. Husumetin tamamı ise kabz ile mümkündür. Züfer'e göre ise, böyle bir kişi kabz için vekil değildir. Çünkü müvekkil onun husumetini kabul et-

miştir. Kabz ise husumetten farklıdır ve bu konuda onun husumetine razı olmamıştır. Fetva Züfer'in görüşüne göredir; çünkü vekillerin hainlikleri artık ortadadır. Bazen mal konusunda kendisine güvenilmeyen kişiye husumet konusunda güvenilebilir.

Şuf'ayı istemek veya ayb (kusur) sebebiyle reddetmek veya taksimatı istemek üzere vekil tayin edilen kimse aynı şekilde ittifakla husumet hakkına da sahiptir. Çünkü şuf'a hakkını almak üzere vekil tayin edilmiş kimse, mübadele ile de vekildir. Çünkü şuf'a hakkı dolayısıyla almak, satın almak ayarındadır. Aynı şekilde kusur sebebiyle red ve paylaştırmada mübadele manası vardır. Bu bakımdan bu konularda husumet vekâletin haklarındandır. (1)

Şafiîlerle Hanbelîler şöyle der: Borcu veya ayn'ı kabzetmek üzere vekil tayin edilmiş kişi, bu konudaki iki açıklama şeklinden birisine göre, bunu ispat etme konusunda husumet için de vekildir. Çünkü ispat olmaksızın kabzetmek noktasına ulaşamaz. Dolayısıyla örfen bu konuda ona izin verilmiş demektir. Diğer taraftan kabz da ancak ispat ile gerçekleşebilir. Diğer bir açıklama şekline göre ise; onun husumet için vekâleti yoktur. Çünkü kabzetmek üzere verilen izin ne sözlü olarak, ne de örfen ispatta bulunmak için bir izin değildir. Zira örfte kabz için beğenip seçtiği kimseyi ispat için de beğenip seçiyor diye bir şey yoktur. Aynı şekilde şuf'a veya bir şeyin paylaştırılması talebinde bulunmak için verilen vekâlette de bu iki bakış açısı söz konusudur. (2)

Bundan şunu anlıyoruz: Bu iki açıklama şeklinden esah olanı Şafiîlere göre ikincisi, Hanbelîllere göre ise birincisidir.

Hanefîlere göre kabz için vekil ile alâkalı başka bir takım hükümler daha vardır ki, onların bir kısmını aşağıya kaydediyoruz:

Kabz İçin Vekil Olanın Başkasına Vekâlet Vermesi:

Bu konudaki umumi kaide şudur: Vekilin vekil tayin edildiği hususlarda müvekkilinin izni olmaksızın veya ona "görüşüne göre hareket et" demesi hâli müstesna, başkasını vekil tayin etme yetkisi yoktur. Çünkü müvekkil yalnızca onun görüşünü kabul etmektedir ve sadece ona güvenmektedir. Görüş ve emanet bakımından ise insanlar arasında fark vardır. Ancak bununla birlikte Hanefîlere göre vekâleti iki kısma ayırmamız gerekir ki, bu kaidenin uygulanabilme alanını bilmiş olalım. Vekâlet ise biri genel, diğeri de özel olmak üzere iki çeşittir.

Müvekkil kabz için vekâlet verirken "dilediğini yap" veya: "her ne yaparsan o benim aleyhime de caizdir" veya buna benzer bir şey söyleyerek umumi bir vekâlet vermişse, vekilin umum gereğince amel edilerek başkasına kabz için vekâlet ver-

---

1- *el-Mebsût*, XIX, 17; *el-Bedâyi*, VI, 25; *Tekmiletü'l-Feth*, VI, 99, 102; *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 429; *el Kitâb ma'al-Lübâb*, II, 150.

2- *el-Mühezzeb*, I, 351; *el-Muğnî*, V, 91 vd.

mesi caizdir.

Şayet müvekkilin tasarruf konusunda genel bir izin verdiğini hissettirecek her hangi bir lafız kullanmaması suretiyle vekâlet özel olursa, o takdirde vekilin başkasına kabz vekâleti vermesi caiz olmaz. Çünkü vekil müvekkilin verdiği yetki ile tasarruf eder. O da kendisine verilen yetki kadarına sahip olur.

Bununla birlikte başkasına vekâlet verse ve bu ikinci vekil de kabzetse borçlu borçtan kurtulmuş olmaz. Çünkü onun kabz vekâleti vermesi sahih olmadığına göre, bu ikinci vekilin kabzı ile yabancı bir kimsenin kabzı arasında fark yoktur. Ancak ikinci vekilin kabzettiği şey birinci vekilin eline ulaşacak olursa borçlu borçtan kurtulur; çünkü kabz konusunda müvekkilin vekili olan kişinin eline ulaşmış bulunmaktadır.

Şayet kabzedilen birinci vekilin eline ulaşmadan önce kabzedenin elinde telef olursa kabzeden kişi borçluya bunun tazminatını öder. Alacaklı kimse de borcunu borçludan alır. Çünkü bu şekilde kabz için vekâlet vermek, sahih olmaz. İkinci vekil ondan borcu alacak olursa, bu sefer borçlu kime ödeme yapmışsa ona rücu eder. Eğer kabzettiği şey elinde telef oldu ise tazminatı ödemesi gereği sebebiyle, birinci vekile rücu eder. Çünkü ona kabz için vekâlet verdiğinden onun tarafından bu ikinci vekil ile aldatma yoluna gitmiş olur. Bu sebeple onun aleyhine rücu eder. Çünkü her aldatıcı, aldatılan kişiye karşı gördüğü zararın tazminatını, sahip olduğu sorumluluk sebebiyle ve kefalet konusundaki tazminat bakımından, öder. (1)

Malikîlere göre: Vekilin başkasına vekâlet vermesi, ancak kendisine vekâlet verilen şeyi bizzat kendisinin yapmasının uygun düşmemesi hâlinde söz konusu olabilir: Meselâ, toplumda ileri gelen birisi olup da vekâlet verilen husus önemsiz bir şey ise başkasını vekil tayin edebilir. (2)

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: Vekil, vekil tayin edildiği işi yapabilecek güçte oldukça müvekkilin izni olmaksızın başkasına vekâlet veremez. Ancak vekil tayin edildiği bütün hususları yerine getirebilecek güçte değilse başkasını vekil tayin edebilir. (3)

Borca Karşılık Bedel Almak:

Borç kabzetmek üzere vekil olan kişinin borcun yerine başka her hangi bir ayn alma yetkisi yoktur. Çünkü bu bir çeşit muavaza (yerine başka bir bedel verme) kabul edilir. Muavaza akti ise, kabz için vekâlet verilmiş kimsenin yetkileri arasında değildir. Çünkü o sadece hakkı kabzetmek üzere vekildir. Onun yerine başka bir bedel veya bir başka ivaz almak ile yetkili değildir. (4)

1- *el-Bedâyi,* VI, 105; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 89 vd.
2- eş-Şerhu'l-Kebîr, III, 388.
3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 226; *el-Muğnî,* V, 88.
4- *el-Bedâyi,* VI, 26.

Borcun Kabzı İçin İki Kişiye Vekâlet Vermek:

Bir kimse başkasındaki alacağını kabzetmek üzere iki vekil tayin etse, onlardan herhangi birisinin, tek başına kabzetme yetkisi yoktur. Çünkü müvekkil onlardan birisinin değil, ikisinin bir arada görüşlerinden razı olmuştur. Onlardan birisi kabzedecek olursa, onlardan birisinin kabzettiği diğer vekil arkadaşına da ulaşıp kabzedilen her ikisinin eline geçmedikçe veya müvekkilin kendisine ulaşmadıkça borçlu borçtan kurtulmaz. Çünkü o durumda kabızdan maksat hasıl olmuş olur, işin başından beri ikisi birlikte kabzetmiş gibi olurlar [1].

Herhangi Bir Şeyi Kusurlu Olarak Kabzetmek:

Şayet borç kabzetmek için vekil tayin edilmiş kişi bu borcu kabzeder, sonra da ayıplı olduğunu görürse, müvekkilin bundan dolayı reddedebileceği sebeplerle o da reddedebilir ve onun yerine bedelini alır. Çünkü vekil müvekkilin yerini tutmaktadır. Müvekkil kendi hakkını aslen de vasfen de kabzetme imkânına sahip olduğu gibi vekil de böyledir [2].

Borcu Kabzetmek İçin Gaip Kişinin Vekâletine Sahip Olduğunu İddia Etmek:

Herhangi bir kişi gaip olan birisinin borcunu kabzetmek konusunda vekili olduğunu iddia edip, borçlu da bunu tasdik ederse, o borcu vekil olduğunu iddia eden kimseye teslim etmesi emredilir. Çünkü borçlunun onun tasdik etmesinin manası, onun kendi aleyhine borcu ikrar etmesidir. Kendisinin aleyhine herhangi bir şeyi ikrar eden kişiden ikrar ettiği şeyi sahibine teslim etmesi istenir.

Böyle bir durumda alacaklı gelir ve vekâlet iddiasında bulunan kişiyi kendisinin vekili olduğu konusunda tasdik ederse, mesele yoktur, etmeyecek olursa üç durum söz konusudur.

Birinci Durum: Borçlu vekâlet iddiasında bulunanı tasdik eder ve borcu ona ödeyecek olursa, o borcu alacaklısına bir defa daha öder. Çünkü alacaklı böyle bir vekâleti kabul etmeyecek olursa. borçlunun hakkını ödemiş olması sabit olmaz. Vekâletin inkârı konusunda sözüne itibar edilecek kişi ise yemini ile birlikte alacaklının sözüdür.

Çünkü borç daha önce sabit idi.Borçlu ise arızî bir durum iddia etmektedir ki, bu da vekile borcu ödemekle borcun düştüğü iddiasıdır. Borcun alacaklısı ise böyle bir vekâleti inkâr etmektedir. Bilindiği gibi kabule şayan olan söz, yemin ile birlikte inkâr edenin söyleyeceği sözdür. İstifa (borcun ödenmesi) sabit olmadığı takdirde ise vekâlet iddiasında bulunana ödenmesi fasit olur. O takdirde borcun alacaklısına ikinci defa ödeme yapmak gerekir. Çünkü borcun ödenmesi borçlu üzerinde bir görevdir. Daha sonra borçlu vekâlet iddiasında bulunan kişiye

1- *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 86 vd.
2- *el-Bedâyi*, a.y.

eğer ödediği mal elinde bulunmakta ise, ikinci olarak ona rücu eder. Çünkü borçlunun vekile ödeme yapmaktan maksadı zimmetindeti borçtan kurtulmaktır. Böyle bir kurtulma (beraat, ibra) meydana gelmemektedir. Bu bakımdan borçlu kişinin vekilin kabzından önce bu ödemeyi nakzetme, bozma hakkı vardır. Şayet ona ödediği elinde kaybolmuş ise bu sefer borçlu vekile müracaat edemez. Çünkü borçlu vekili tasdik etmekle o vekilin kabzetmekte hak sahibi olduğunu da itiraf etmiş oluyor. Kabzetmekte hak sahibi olanın aleyhine rücu yoktur. Diğer taraftan borçlu onu tasdik etmekle ikinci bir defa olmak üzere borcu almak hususunda zulme uğramış olduğunu tasdik etmektedir. Zulme uğramış olan kişi ise başkasına zulmedemez.

Fakat vekâlet iddiasında bulunan kişi: "Ben gaip olan filânın sendeki emanetini almak üzere vekiliyim." dese ve yanında emanet bulunan kişi de onu tasdik etse, bu emaneti vekâlet iddiasında bulunana teslim etmesi emredilmez. Çünkü vekile başkasına ait olan malı ikrar etmiştir. Borcun durumu ise böyle değildir. Çünkü borç zimmette sabit şahsî bir haktır. İddia sahibini tasdik ettiği takdirde borçlunun o borcu ikrarı ile amel etmek üzere teslim etmesi için ilzam edilir. Emanet hâlinde ise vekâlet iddiasında bulunan kimseye emaneti teslim etmek lâzım değildir. Çünkü mudi (emanet bırakan)'nin hakkı ondaki aynî bir haktır. Bu da emanetin ayn'ı ile tayin olan mülkiyettir. Başkasının hakkına dokunduğundan dolayı ikrarı ile amel edemez. Borcun ikrar edilmesinin tesiri ise sadece ikrar edenin aleyhinedir; o bakımdan uygulanır.

İkinci Durum: Borçlu vekâlet iddiasında bulunan kimseyi tasdik eder ve ödeme esnasında "yaptığım bu ödemeyi borç alacaklısı adına tazminatın altına al; ta ki alacaklı benden malını alacak olursa ben de sana yaptığım bu ödemeyi senden geri alırım" dese ve bununla ondan kefalet istese borçlu vekile önce, yaptığı ödeme sebebiyle rücu eder. Çünkü alacaklının ondan ikinci defa aldığını vekilin ve borçlunun iddiasına göre o tazminat altına almıştır. Çünkü her ikisinin de görüşüne göre alacaklı ikinci defa kabzettiği malı gasbetmiş olmaktadır. Bu adeta vekâlet iddiasında bulunanın bir kefaleti gibi kabul edilir. "Filân kişinin senden kabzedeceği şeyin tazminatını ben öderim." demiş gibidir. Böyle bir kefalet sahihtir. Çünkü bu, gelecekte kendisi adına kefalet yapılan (mekfulünanh) üzerine her hangi bir şeyin vacip olması hâline izafe edilmiş; yani bu gelecekte her hangi bir insan üzerine vacip olacak şeyi kefaleti altında tutmaktır.

Üçüncü Durum: Şayet borçlu vekâlet iddiasında bulunanı yalanlar ya da tasdik etmeyip ve yalanlamayıp, bununla birlikte iddiasına bakarak borcu ona ödeyecek olursa, alacaklı borçluya rücu ettiği takdirde, borçlu da vekile rücu eder. Çünkü onu yalanladığı zaman ona göre bu vekil gâsıp durumunda olmuştur.. Kendisinden gasbedilen kişinin ise kesinlikle gasbedene rücu hakkı vardır. Vekâlet iddiasında onu ne doğrular ne de yalanlarsa ona bu ödemeyi mal sahibi alacaklının bunu geçerli kılacağı ümidiyle ödemiş olur. Alacaklının alacağını kendinden alması sebebiyle

böyle bir ümidi kesildiği takdirde borçlu kişi vekile (yaptığı ödemede) rücu öder.(1)

d) Satış vekili:

Satış (bey') vekili ya mutlak veya mukayyet tasarruf sahibidir. Tasarrufu mukayyet olduğu takdirde, ittifakla bu vekâlette kayda riayet edilir. Kaydına muhalefet ettiği takdirde bu tasarrufu müvekkilin aleyhine geçerli olmaz. Ancak onun geçerli kabul etmesine bağlı kalır. Şu kadar var ki, vekilin muhalefetinin onun iyiliğine olması bundan müstesnadır. Çünkü zımnen vekâlet verenin maksadını gerçekleştirmektedir. Bir misalle şöylece açıklayalım: Müvekkil: "Benim bu bahçemi bin liraya sat." dese, o da bunu bin liradan aşağısına satsa bu satış geçerli olmaz. Çünkü bu zarara doğru bir muhalefettir. Eğer bin liradan fazlasına satacak olursa geçerli olur, çünkü bu hayra doğru bir muhalefettir. Nakden satış için ona vekâlet verse o da bunu veresiye satsa geçerli olmaz. Müvekkilin bunu geçerli kabul etmesine bağlıdır. Veresiye satmak üzere ona vekâlet verse o da bunu nakden (peşin olarak) satsa geçerli olur.

Parası daha kıymetli veya malın fiyatı daha yüksek olan belirli bir yerde satış yapmak şartıyle vekil etse Şafiî ve Hanbelîlere göre vekilin o yerin dışında satış yapması caiz olmaz. Çünkü bu durumda vekâlet verenin maksadı gerçekleşmeyebilir. Ona: "Şu çarşıdan başka bir yerde satmayacaksın" diyerek olumsuzluk ile tekit ettiği takdirde, Hanefîlerde de hüküm böyledir.

Belirli bir zamanda satış için ona vekâlet verse bu zaman içinde satması gerekir. Çünkü bu zamanda satmak onun için bir fayda temin edebilir veya bizzat o zamanda onun görülmesi gereken bir ihtiyacını karşılayabilir.

Bizzat tayin ederek sadece o kişiye satması için vekâlet verirse başkasına satması vekil için caiz olmaz. Çünkü müvekkil başkasına değil de sadece o kişiye bunu temlik etmeyi tercih etmiş bulunabilir.

Meselâ, yüz liraya satmak üzere vekâlet verse bundan daha az miktar ile satması caiz değildir; çünkü ifadesinde tayin ettiği miktar ele geçirilmemiş olur.

Şayet vekilin tasarrufu mutlak olursa Ebu Hanife'ye göre, mutlak'ın gereğince amel eder. Az veya çok, kaça olursa satması caizdir. İster fahiş bir gabn (aldanış) olsun, isterse satış karşısında verilen değer ayn veya zimmette borç olsun farketmez. Ebu Hanîfe'nin delili şudur: Mutlak lafızda aslolan onun ıtlakı üzere cereyan etmesidir. Bir delil olmadıkça o mutlak'ı kayıtlandırmak caiz değildir. Meselâ bir ithamın varlığı gibi. Bu bakımdan, bu konuda verilen vekâlet kendisine satış verilebilen her şey hakkında söz konusu olur. Bu konuda örfe itimat edilmez. Çünkü örfte çelişki olabilir. Zira satılanın bedeli ile daha kârlı bir şey satın almak maksadıyla fa-

1- *Tekmiletü'l-Feth ma'a'l-İnaye,* VI, 113 vd.; *el-Bedâyi,* VI, 26; *Mecmau'd-Damânât,* 253; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb* II, 152.

hiş bir gabn ile satmak yine örfte bulunan bir şeydir. Bu bakımdan örfle çelişmesine rağmen, mutlakın kayıtlanmasına kalkışmak caiz olmaz.

Tahâvî'nin kabul ettiği Hanefîlerce tercih edilen ve fetvaya esas olan Ebu Yûsuf ile Muhammed'in görüşü ise şöyledir: Mutlak satış vekilinin, malı ancak o beldedeki râyiç para ile ve piyasa değerinden satması caiz olur. (Rayiç nakitten maksat, fakihlerin ıstılahına göre mutlak semenlerdir.) Ayrıca yapacağı bu satışın mislinin kıymeti ile olması gerekir. İnsanların âdeten aldanabileceği şekil dışındaki satış caiz olmaz. Tahâvî'ye göre, Muhammed'in *el-Camiü's-Sağîr*'de zikrettiğine göre insanların aldanabileceği (teğâbün) miktarı, yirmide bir ve daha az miktardır. Delilleri şudur: Mutlak olarak satış vekâleti örfte kabul edilen satış hakkındadır. Nakitsiz satış veya fahiş gabn ile yapılan satış, örfte bilinen bir şey değildir. Aksine örfte bilinen (müteâref olan) nakit olarak ve semen-i misil ile satış yapmaktır. Dolayısıyla satın almak için vekâlet verilmekte olduğu gibi böyle bir mutlak vekâlet de örf ile mukayyet olur. (1)

Gabn-i yesir (az aldanış) ile gabn-i fâhiş (çok aldanış)'ı birbirinden ayırdeden gabn miktarını tayin etmekte kullanılan doğru ölçü İmam Muhammed'in şu rivayetidir: Kıymet biçenlerin biçtikleri kıymet sınırı içerisinde kalan her türlü gabn (aldanma) yesîr (az), kıymet biçenlerin biçtikleri kıymet sınırları içerisinde kalmayan gabn ise fâhiş gabndir. (2)

Mahkemenin hükmünde gabnin miktarını tesbit etmek için Mecelle'nin 165. maddesinde fâhiş gabn, nakledilen eşyada kıymetin yüzde beşi, hayvanlarda kıymetin yüzde onu, akarlarda ise yüzde yirmisi veya bundan fazlasıdır; daha aşağısı gabn-i yesîrdir.

Ulemânın cumhuru da Ebu Yûsuf ile Muhammed'in görüşündedirler. Onlar da müvekkilin izni olmaksızın insanların aldanmayacakları şekilde semen-i misilden daha aşağısına satmayı geçerli kabul etmezler. Çünkü müvekkiline zarar vermek vekil için yasaktır. Ona iyilik yapmakla emredilmiştir. Aynı şekilde satışın yapıldığı beldenin nakdinden başkası ile satışı da caiz (geçerli) kabul etmezler. Örfî karinenin buna delâlet etmesini de delil gösterirler. (3) Şayet iki tür nakit kullanılmakta ise onlardan çoğunlukla kullanılan karşılığında satış yapar. Eşit olarak kullanılmakta ise, müvekkili için daha faydalısı hangisi ise onunla satış yapar.

Aynı görüş ayrılığı satışın nakit veya nesîe (veresiye) niteliğinde de söz konu-

1- *el-Bedâyi,* VI, 27; *Muhtasaru't-Tahâvî,* 111; *Tekmiletü İbni Abidîn,* XX, 383; *Tekmiletü-Fethi'l Kadîr* VI, 70 vd.; *Mecmau'd-Damânât,* 349; *Muhtasaru'l-Halil,* 216 vd.; *el-Mecmû,* XIII, 563 *el-Mühezzeb,* I, 353 vd. İbni Kudâme, el-Mektebü'l-İslâmî baskısı *el-Kâfî,* II, 254; *Keşşâfu'l Kınâ,* III, 463 vd.

2-*Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 76-77; *el-Bedâyi,* VI, 30; *ed-Dürru'l-Muhtâr,* IV, 425.

3- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 382; *el-Mühezzeb,* I, 353 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 223 vd.; *el-Muğnî,* V, 12[illegible] *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 298; *Kavâhidü'l-Ahkâm,* İbni Abdi's-Selâm *el-İstikâme* baskısı, II 107.

sudur: Ebu Hanife vekil, vekâletin mutlak olması sebebiyle nakit ile de veresiye ile de satış yapabilir, der.

Ebu Yûsuf ve Muhammed ile ulemanın cumhuru ise şöyle demektedir: Vekil ancak nakit ile yani peşin ödeme ile satış yapabilir. Çünkü satışta aslolan nakitle yapılmasıdır. Veresiye ise kesat hâllerinde görüldüğü gibi, zamanla ortaya çıkan gelip geçici şartlar dolayısıyla söz konusu olur. (1)

Satın almak üzere vekile gelince: Bunun ancak misli ile satın alma veya onun gibi alımlarda âdeten insanların aldanabilecekleri kadar aldanarak satın almasının caiz olduğu, diğer satın almalarının da caiz olmadığı üzerinde ittifak etmişlerdir. İnsanların benzer şekilde aldanmadıkları satın almalarda caiz değildir. Satın almak için vekâlette, Ebu Hanife diğer ilim adamlarıyla ittifak hâlindedir. Onun satmak ile satın almak arasında ayırımın gözetmesinin sebebi ise şudur: Satın almak beraberinde bir töhmeti de getirir. Tayin edilen şeyi satın alan vekil, bu şeyi güzel bulup kendi adına satın alabilir. Onda gabnin ortaya çıkması sebebiyle onu uygun görmediği takdirde, bu sefer bu satın almayı başkasına -ki o da müvekkildir- ilhak eder. Ancak satışta böyle bir töhmet söz konusu değildir. (2)

Vekilin, Satmak Üzere Vekil Edildiği Şeyin Bir Kısmını Satması:

Vekilin satmak üzere vekil tayin edildiği şeyin bir kısmını satması iki türlüdür:

Eğer satılan şeyin kısımlara ayrılmasında her hangi bir zarar söz konusu değilse, Hanefîlerin ittifakıyla caizdir. Ölçülen ve tartılan şeyler buna örnektir. Ya da iki ev gibi iki ayrı şeyin birisini satarsa ittifakla caiz olur. Eğer meselâ, onu bir kitabı satmak üzere vekil tayin etmesi hâlinde olduğu gibi, kısımlara ayrılmasında bir zarar söz konusu ise ve bunun yarısını satarsa Ebu Hanife'ye göre caizdir. Ebu Yusuf ve Muhammed ile Şafiîlerle Hanbelîlere göre -müvekkilin bunu kabul etmesi veya geri kalan yarıyı da satması hâli müstesna- caiz olmaz. Delilleri şudur: Vekâlet vermekte örf nazar-ı itibara alınır. Bu gibi şeylerin yarısının satılması ise örfte bilinen bir şey değildir. Çünkü ayniların mülkiyetinde ortaklık zarar vericidir. Zararın önlenmesi ise vaciptir.

Ebu Hanife'nin delili: Vekilin, kitabın tümünü bu fiyata satması caiz olduğuna göre, onun bir kısmını bu fiyata satmasının caiz olması öncelikle söz konusudur. Çünkü vekil bu aynın bir kısmını onun mülkünde tutmakla müvekkiline faydalı bir iş yapmış olur.

Satın almak için vekil olanın Hanefîlerin ittifakıyla bir kısmını satın alması

1- Aynı yerler
2- *el-Bedâyi*, a.y.; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 75; *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 424; *Tekmiletü'l-Mecmû* XIII, 573; *el-Muğnî*, V, 127.

caiz değildir; müvekkilin bu satın almayı geçerli kabul etmesi veya öbür kısmı da satın alması hâli müstesna. Satın almak üzere vekil ile satmak üzere vekilin Ebu Hanife'ye göre farkı şudur: Daha önceden de görmüş olduğumuz gibi satışın aksine satın almakta bir töhmet söz konusudur. Bu bakımdan satın almak üzere vekil olan kimsenin, belirli bir kısmı, bütünün kıymetine satın alması caiz değildir. [1]

Satmak üzere vekil tayin edildiği şeyin bir kısmını satmak konusunda Şafiîlerle Hanbelîler, Ebu Yûsuf ile Muhammed'in görüşünü kabul etmişlerdir. [2] Malikîler ise şöyle demektedirler: Genel vekâlet örf ile özelleşir. [3] Meselâ, bir kitabın satışında örf, o satışın kitabın bütünü hakkında akdin yapılması şeklindedir.

Müşterinin Bedelden İbra Edilmesi:

Ebu Hanîfe'ye göre satış vekili, müşteriyi satılanın bedelini ödemekten ibra etme imkânına sahiptir. Onun karşılığında bir başka ivaz olabilir yahut her hangi bir şey karşılığında onunla sulh yapabilir veya onun kıymetinin başkasına havale edilmesini kabul edebilir, ödemeyi de erteleyebilir. O takdirde vekil müvekkile semenin tazminatını öder. Bu konudaki delili şudur: Semenin kabzedilmesi vekilin haklarındandır. Bu gibi tasarruflarda bulunmak da onun için bir haktır. Ancak semeni müvekkile tazminat olarak öder. Çünkü, her ne kadar o kendisine ait bir hakta tasarrufta bulunmuşsa da, telef etmek suretiyle başkasının mülküne tecavüz etmiştir. O bakımdan onun üzerine tazminat gerekir. [4]

Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre ise vekil sözü geçen işlemlerden hiç birisini yapamaz. Çünkü bunlar müvekkil hakkında onun izni olmaksızın birer tasarruftur.

Satış ve Başka İşler İçin Vekilin Başkasına Vekâlet Vermesi:

Satış yapmak üzere vekil tayin edilmiş bir kimsenin, müvekkilinin izni olmaksızın başkasına vekâlet verme yetkisinin bulunmadığında ittifak vardır. Çünkü vekâlette görüş, bilgi, emanet ve buna benzer nazar-ı itibara alınan bir takım hususların özellikle vekilin kişiliği açısından göz önünde bulundurulması söz konusudur. [5] Ancak aşağıdaki hususları istisna etmişlerdir:

a) Hakkında vekâlet verilen iş, çarşı pazarda bir binek satmak gibi bir iş olup vekilin de şeref ve makamı dolayısıyla bizzat yapması yakışık almıyorsa;

b) Vekâlet konusu olan şey, başkasının yardımı olmaksızın yalnız başına çalışmayı üstlenmeye imkân vermiyorsa;

1- *el-Bedâyi,* VI, vd.; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 78 vd.
2- *el-Mühezzeb,* I, 353; *el-Muğnî,* V, 126.
3- *eş-Şerhu'l-Kebîr ma'al-Hasiyeti Desukî,* III, 381.
4- *el-Bedâyi,* VI, 28; *Mecmau'd-Damânât,* 245.
5- *el-Bedâyi,* a.y.; *Tekmiletü İbni Abidîn,* VII, 356; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 513. *Muğni'l-Muhtâc,* II 226; *el-Muğnî,* V, 88 vd.

c) Vekâlet konusu şeyin mühendislik ve buna benzer özel bir beceri isteyen türden ise ve vekil de buna ehil değilse. Bu, hususi vekil hakkında söz konusudur. Ebu Hanife ile Malikîlere göre umumî vekâlette ise, vekilin kayıtsız şartsız (mutlak olarak) başkasına vekâlet vermesi caizdir.

Şüpheli Tasarruflar:

Satış için vekâlet verilmiş kimsenin kendisine satma yetkisi yoktur. Çünkü bu tasarrufta itham altında kalır ve diğer taraftan aktin hakları vekile ait olur. Kendi kendisine satış yapması, aynı kişinin aynı zamanda hem teslim eden, hem teslim alan; hem bedeli isteyen hem kendisinden bedel istenen kişi olması sonucunu doğurur; bu ise imkânsızdır. Buna bağlı olarak fakihler satış aktinin gerçekleşmesi için akit yapanın birden fazla olmasını şart koşmuşlardır.

Ebu Hanife'ye göre: Vekilin semen-i misil veya daha aşağısı ile [1] babası, dedesi, çocuğu ve çocuğunun çocuğu ve zevcesi gibi kendisi lehine şehadeti kabul edilmeyen diğer yakınlarına satma veya onlardan satın alma yetkisi de yoktur. Çünkü bu gibi kimselere satmak manevî bakımdan kendi kendisine satması demektir. Zira onların her birisinin mülk edinme menfaatlerinin kendisi ile ilişkisi de vardır. [2] Dolayısıyla onlara satmasında, satılan şeyin onlar tarafından alınmasını tercih etmesi sebebiyle, onun için töhmet söz konusudur. Bunun delili ise, bunlardan her hangi birisinin şahitliğinin -yabancının hilâfına- birbirlerinin aleyhine kabul edilmeyişidir.

Ebu Yûsuf ve Muhammed'e göre kendisi için olmamak üzere bu gibi kimselere piyasa fiyatı ile satış yapması caizdir. Çünkü verilen vekâlet mutlaktır. Bu gibi kimselere satmak ile onlardan başka yabancı bir kimseye satmak arasında fark yoktur ve burada töhmet söz konusu değildir. Çünkü bunların mülkleri birbirinden farklıdır. Onlardan her hangi birisinin malik olduğuna öteki malik değildir. Bunların mülkleri farklı olduğuna göre, bunlar arasında menfaatler de kesilmiş olur. [3]

Malikîlere göre: Vekilin satmak üzere vekil tayin edildiği şeyi kendisine yahut da küçük, akılsız veya deli gibi hacir altında bulunan kimselere satması caiz değildir. Hanımına ve reşit olan babasına onlara iltimas geçmeyecekse satması caizdir. İmam Malik'ten gelen rivayete göre vekil o şeyi kendi adına satın da alabilir.[4]

Şafiîlerdeki esah olan görüşe ve Hanbelîlerde İmam Ahmed'den gelen iki ri-

1- Semen-i misilden fazlası ile olursa caizdir.

2- Bunun delili şudur: Âdeten onların her birisi ötekinin malından yararlanır. Dolayısıyla bunların her birisinin malı, ötekinin malı gibi olur.

3- *el-Bedâyi,* a.y.; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 67 vd.; *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 424; *Mecmau'd-Damânât,* 261.

4- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 387 vd.; *el-Muğnî,* V, 107 vd.; *el-Hirşî,* VI, 77 vd.

vayetten birisine göre, vekilin kendisi ve küçük çocuğu için bunu satın alması caiz değildir. Ancak babasına, dedesine, bülûğa ermiş oğluna ve kendisinden bağımsız diğer furûuna satabilir. Çünkü o bunu, yabancı birisine satışı sahih olacak bir fiyatla ona satmıştır, sanki bir dostuna satmış gibi kabul edilir. O takdirde bir töhmete sebep olmamalıdır. [1] Bununla anlaşılmaktadır ki Hanefîler, vekilin kendisinin satın almasını mutlak olarak caiz görmezler. Cumhur ise böyle bir satışı ancak müvekkilin satış için izin vermesi hâlinde caiz görürler. Malikîler ayrıca iki şart daha ön görmüşlerdir:

a) Satışın müvekkilin huzurunda olması ve müvekkilin buna itiraz etmemesi,

b) Artık bu konuda daha fazla bir fiyat verilememesi ve bu verilen fiyata, onun kıymetidir, denilebilmesi.

Ebu Hanîfe usul ve furû ile zevceye satışı men ederken, cumhur semen-i misil ile baba ve dede (usûl) ile zevceye satışı caiz kabul etmişler, çocuk ve torunlarına (furû) satışı kabul etmemişlerdir. Ebu Hanife'nin görüşü, özellikle asrımızda töhmetten uzak kalmak için bence daha tercih edilecek bir görüştür.

Özet olarak vekilin görevlerine bağlı kalması gerekir. Bağlı kalması icap eden şeyleri müvekkilin hakkı olarak uygulamalıdır. Diğer taraftan müvekkil de eğer vekilin bir haksızlığı veya kusuru dolayısıyla olmamışsa, arızî ziyan ve zarara tahammül etmekle görevlidir. Ayrıca eğer vekâlet ücret karşılığı ise ve vekil de emredilmiş bulunduğu işi tamamıyla yerine getirmiş ise müvekkilin vekile hak ettiği ücreti ödemesi de onun için bir görevdir.

Satın Almak Üzere Tayin Edilmiş Vekilin Tasarrufları:

Satın alma üzere verilmiş umumi ve hususi vekâlet türlerinde cehaletin hükmünden söz etmiş bulunuyoruz. Burada ise satın alma için tayin edilmiş vekilin mutlak ve mukayyet vekâlet türlerindeki tasarruflarından söz edeceğiz. [2]

Vekâlet mukayyet olduğu takdirde, söz konusu kayıt ister satın alınacak şeyle ilgili olsun ister ona ödenecek bedel ile ilgili olsun, mümkün olduğunca kayda riayet edilir. Şayet vekil muhalefet edecek olursa, hayra doğru bir muhalefet olması hâli müstesnâ, müvekkil alışverişi kabul etmek zorunda değildir. Muhalefet hayra olduğu takdirde o vakit alışveriş onun için bağlayıcı olur.

Satın alınan şeye dair kayda örnek: Müvekkilin vekiline: "Sen bana belli bir ülkenin yapısı olan bir buzdolabı al" dese, vekil de bir başka ülke malı olan bir buzdolabı alsa, müvekkil bu satın almayı kabul etmek zorunda değildir; bu satış vekili

---

1- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 224 vd.; *el-Muğnî*, V, 107 vd.

2- Geniş bilgi için bk. *el-Bedâyi*, VI, 29.; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 85 vd.; *Muhtasaru't-Tahâvî*, 110 vd.; *el-Mebsût*, XIX, 39; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, IV, 421 vd.; *Mecmau'd-Damânât*, 149.

bağlar. Çünkü her mukayyette aslolan, nazar-ı itibara alınmasında fayda bulunmayan kayıt müstesna, bu kayda riayet etmektir. Burada sözü geçen kaydın ise belirli bir faydası vardır.

Ödenecek bedele dair kayda örnek: Müvekkil vekiline: "Bana bin dirheme bir buzdolabı al" dese, o da o fiyattan daha fazlasına bir buzdolabı satın alsa, bu satın alma müvekkil için değil vekil için bağlayıcı olur. Çünkü o müvekkilin emrine aykırı hareket ettiğinden, kendi adına satın almış olur.

Şayet sekiz yüz dirheme bir buzdolabı satın alsa ve âdeten onun misli olanlar bin dirheme alınıyor ise, bu satın alma müvekkil için bağlayıcıdır. Çünkü yapılan bu muhalefet kendisi lehindedir. Dolayısıyla manen muhalefet olmaz.

Belirli bir şeyi satın almak üzere onu vekil tayin etse, o da bir kısmını satın alsa, şayet bunun kısımlara ayrılmasında -arabada olduğu gibi- bir zarar varsa, müvekkil bu bir kısmı satın almak zorunda değildir. Eğer bunun kısımlara ayrılmasında, -geniş arazide olduğu gibi- bir zarar bulunmuyorsa, Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlere göre müvekkil için bu satın alma lâzım (bağlayıcı)dır.

Şayet taksitle satın almak veya veresiye satın almak üzere ona vekâlet verse, o da peşin para ile satın alsa, bu satın alma vekil için lâzım (bağlayıcı)dır. Çünkü, o müvekkilin ön gördüğü kayda aykırı hareket etmiştir. Eğer vekâlet bunun aksine olursa, vekil de taksitle veya veresiye satın alsa, bu sefer bu satış müvekkil için bağlayıcı (lâzım) olur. Çünkü vekil her ne kadar şeklen muhalefet ettiyse de müvekkilin isteğine manen uygun hareket etmiş olur. İtibar ise şekle değil, manayadır.

Şayet ona satın almasını ve hıyâr (tercih) hakkını müvekkil için şart koşmasını söylese, o da tercihsiz olarak satın alsa bu satın alma vekili bağlar.

Muayyen bir şeyi satın almak üzere ona vekâlet verse, vekil de başka bir şeyi satın alsa, Hanefîlere göre müvekkil bu satın almayı kabul veya reddetmekte serbesttir. Cumhura göre ise satın alma vekili bağlar.

Bu konuda umumi kaide şudur: Satın almak için vekil kılınan kişi, müvekkilin emrine aykırı hareket edecek olursa, Hanefîlere göre, aldığını kendisi namına satın almış olur. Ancak onun muhalefeti hayra doğru ise (yani müvekkilin iyiliğine ise), fakihlerin ittifakıyla müvekkil bu satın almayı kabul etmek zorundadır. Satış için vekil olan kimse, eğer müvekkilin emrine aykırı hareket ederse, onun bu satışı müvekkilinin geçerli kabul etmesine bağlıdır. Aradaki fark ise, önceden de bildiğimiz gibi şudur: Satın almak için vekil kılınan kişi, kendi namına satın alması hâlinde itham altında olacağından (muhalefet sebebiyle) satış onun hakkında geçerli olur. [1]

Buna göre; bir dinara bir koyun satın almak üzere ona vekâlet verse, o da bu bir

1- *el-Mebsût,* XIX, 117.

dinar ile iki koyun satın alsa, Hanefîlere göre müvekkil bu satın almayı kabul etmelidir. Çünkü böyle bir muhalefet onun hayrınadır. Aynı şekilde Malikîlere göre de bunları müvekkil almak durumundadır; alıp almamakta muhayyer değildir. Şafiîlerle Hanbelîlere göre onlardan her birisi veya onların birisi bir dinar kıymetinde ise ikisini de almak durumundadır. (1) Böylelikle Peygamber (a.s.)'in vekili olan Urvetü'l el-Bârikî'nin başından geçen olay ile de amel edilmiş olur.

Vekâlet mutlak olduğu takdirde mümkün olduğunca bu mutlaklığa riayet edilir. Örf veya bu konuda başka kayıtlayıcı bir delil bulunması hâli müstesnadır. O vakit bu mutlak vekâlet, bu kayıt ile kayıtlanır. Buna göre bir binek satın almak üzere birisine vekâlet verse ve bunun türünü ve bedelini de belirtse; meselâ, bir eşek ve buna benzer bir binek satın aldırsa, o da bir gözü kör binek alsa, bu satın alma caiz (geçerlidir) ve müvekkili bağlayıcıdır. Aynı şekilde kör yahut da ön ayakları veya arka ayakları felç bir binek satın alsa, Ebu Hanife'ye göre bu satın alma müvekkil için bağlayıcı olur. Çünkü mutlak olarak "binek" adının kullanılması halinde, bu organları sağlam binek hakkında kullanılabileceği gibi, böyle olmayan bir binek hakkında da kullanılabilir. Mutlak olanın ise delilsiz olarak kayıtlanması caiz değildir.

Ebu Yûsuf ile Muhammed ise şöyle der: Böyle bir satın alma müvekkil için lâzım (bağlayıcı) değildir; bu konuda vekil satın almayı kabul etmek zorundadır. Çünkü binek örfen ve âdeten kullanılmak için satın alınır. Kullanma maksadı ise, menfaat türünün ortadan kalkması ile gerçekleşmez. Bu bakımdan satın alan vekil örfün delâleti ile bu gibi sıfat (kusur)lardan uzak olması kaydına riayet eder.

Bir kimse her hangi bir şeyi satın almak üzere sahih bir vekâlet ile vekâlet verse, ancak müvekkili ona kıymet tayin etmese, vekil de o şeyi mislinin kıymetiyle veya kıymetinden daha az bir bedelle veya insanların benzeri alışverişlerde aldanabileceği bir fiyatla ile satın alsa, bu satın alma müvekkil namına caizdir. Eğer vekil benzeri satın almalarda insanların aldanamayacağı kadar bir fazlalıkla satın alacak olursa, bu satın alma vekil için lâzım (bağlayıcı) olur. Çünkü az miktardaki fazlalıktan sakınmak mümkün değildir. Dolayısıyla bu satın alma müvekkil namına geçerlidir; ta ki işler vekiller aleyhine sonuçlanmasın ve insanların vekâletlere olan ihtiyaçları sağlanmış olsun. Hanefîlerce tercih edilen görüş budur.

İleri derecedeki fazlalığın ise bu konuda bir zarar yoktur; çünkü bundan sakınmaya imkân vardır. (2)

1- *Tekmiletü İbni Abidîn*, VII, 311; *Muhtasaru'l-Halîl*, 217; *el-Hirşî*, VI, 75; *el-Mühezzeb*, I, 355 *Tekmiletü'l-Mecmû*, XIII, 584; *el-Muğnî*, V, 128.

2- Özetle, gabn-i fahiş ile satın alma, Hanefî mezhebi imamlarının ittifakıyla satın alan hakkında geçerli değildir. Gabn-i fahiş ile satış hakkında ise görüş ayrılığı vardır. Ebu Hanîfe der ki: Böyle bir satış vekâletin mutlaklığı ile amel ederek müvekkil namına geçerlidir. Ebu Yûsuf ile Muhammed de böyle bir satış geçerli değildir, çünkü mutlak, örf ile mukayettir, derler; tercih edilen görüş de budur.

Hanefîlerce tercih edilen görüşe göre az fazlalık ile çok fazlalık arasında ayırıcı ölçü daha önceden de gördüğümüz gibi şudur: Eğer bu fazlalık, o şeye kıymet biçenlerin biçtikleri kıymet sınırları içerisinde kalıyorsa, bu az miktardadır. Eğer ona kıymet biçenlerin biçtikleri kıymetler arasına girmiyorsa fazladır. Çünkü satın almadaki bu fazlalığın bulunduğu kesinlik kazanmıştır.

Vekil ve müvekkil arasındaki ihtilâfı önlemek için herhangi bir şeyi satın almak üzere başkasına vekâlet veren müvekkilin, o şeyin cinsini ve niteliğini yahut da cinsini ve ona ödenecek kıymetin miktarını belirlemesi lazımdır. Ona umumi bir vekâlet vermesi hali müstesnâdır. O vakit ona; "Görüşüne göre uygun göreceğini benim namıma satın al" der. Çünkü bu durumda meseleyi onun görüşüne terketmiştir. Dolayısıyle her ne satın alırsa Ebu Hanife'ye göre müvekkilin istediğini yapmıştır. Ebu Yuşuf ve Muhammede göre ise yapmamıştır, çünkü mutlak vekaletin sınırları örf ve adetle belirlenmiştir. (1)

Malikîler, Şafiîler ve Hanbelîler ise şöyle demektedir: Satın almak üzere verilen vekâlet mutlak olduğu takdirde, satın alanın semen-i misil ile satın alması gerekir. İnsanların aldanmayacakları şekilde semen-i misilden daha fazlası ile müvekkilin izni olmaksızın satın almaz. Çünkü vekil müvekkiline zarar vermekten nehyedilmiştir; ona iyilik yapmakla emredilmiştir. Satın almada semen-i misilden fazlasını vermekte ise ona zarar vermek ve ona yapılması gereken iyiliği terketmek söz konusudur. (2)

Bir kimseye bizatihi bir muayyen şeyi satın almak üzere vekâlet verse o kişi onu kendi namına satın alamaz. Satın aldığı takdirde bu satın alma vekâlet verenin lehine gerçekleşir. Çünkü onun kendi adına satın alması, kendi kendisini vekâletten azletmesidir. Halbuki kendi kendisi müvekkilin hazır olması hâli müstesna azletme imkânına sahip değildir.

Şayet ona tayin etmeksizin bir şeyi satın almak üzere vekâlet verse, o takdirde bu satın alma kendisi için olur. Müvekkil için yapmaya niyet etmesi hâli müstesnadır. Satın almak üzere vekil olan kişi kendisinden satın alma imkânına sahip değildir. Nitekim satmak üzere vekil olan kimse de (kendisine satma imkânına) sahip değildir. Bu konuda Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlerin ittifakı vardır. Çünkü daha önceden de görmüş olduğumuz gibi, akde dair haklar Hanefî ve Şafiîlere göre müvekkile racidir. Aynı kişinin aynı zamanda hem teslim edici hem teslim alıcı; hem bedeli isteyici, hem de bedelin kendisinden istendiği kişi olmasına imkân yoktur. Çünkü böyle bir durumda kendi malından satın alması hâlinde o itham altında kalır. İmam Mâlik'ten gelen rivayete göre ise vekilin, kendi malından semen-i misil ile ve daha fazlası ile satın alması caizdir. (3)

1- *el-Kitâb ma'al-Lübâb,* II, 142, 147.
2- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 298; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 382; *el-Mühezzeb,* I, 354; *el-Muğnî,* V, 124.
3- *Bidâyetü'l-Müctehid,* a.y.; *el-Muğnî,* V, 107 vd.; *eş-Sa'ranî el-Mizân,* II, 85.

Aynı şekilde babasından, dedesinden, oğlundan, oğlunun oğlundan ve hanımından, bir de kendisi lehine şehadetin kabul edilmediği kimseden satın alması, Ebu Hanife'ye göre mümkün değildir. Ancak Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre kıymetinin misli ile veya daha aşağısı ile ya da benzeri durumda insanların aldanabileceği kadar bir fazlalık ile satın alırsa caizdir. Satış vekâletinden söz ederken bu farklı görüşlerin delillerini de zikretmiş bulunuyoruz. Kişinin kendisinden, usûl ve füruundan satın alma konusundaki mezheplerin görüşleri, kendisine satmanın hükmünde yapılmış açıklamalardan öğrenilebilir.

Bir kişiye bir yemeği satın almak üzere vekâlet verse, bundan kasıt buğday ve undur; ve bu, satın alma konusundaki örfün karinesi ile anlaşılır.

Et almak üzere vekâlet verse bundan maksat, çarşıda satılıp insanların da kendisinden kolaylıkla satın aldığı koyun, keçi, inek ve deve etidir. Eğer bunların satın alınması âdet hâline gelmişse böyledir. Etten maksat, ızgara yapılmış veya pişirilmiş olan -vekâlet verenin yolcu olması hâli müstesnâ- değildir. Aynı şekilde kuş eti, yırtıcı hayvan ve balık eti olarak da anlaşılmayacağı gibi, canlı koyun yahut da yüzülmemiş, fakat kesilmiş koyun olarak da anlaşılmaz. Çünkü âdeten bu şekildeki hayvanların "et" diye anılması alışılmış bir şey değildir. Ayni şekilde işkembe, ciğer, baş ve ayaklar da anlaşılmaz; çünkü bunlar örfen et değildir.

Balık satın almak üzere birisine vekâlet verse, bundan maksat taze ve büyük olan balıklardır. Tuzlu suda yaşayanı veya ufak olanı kastedilmez; çünkü âdet böyledir.

Baş satın almak üzere vekalet verse bundan maksat çiğ olanıdır; pişirilmiş veya kızartılmış olanı değildir. Bundan maksat da yine deve veya inek başı değil, koyun başıdır. Ancak eğer âdeten bunların satın alındığı bir yerde ise müstesnadır.

Meyve satın almak üzere vekâlet verse bundan maksat pazarda satılan meyvelerdir. Yumurta satın almak üzere vekâlet verse, bundan maksat tavuk yumurtasıdır. Süt satın almak üzere vekâlet verse, bundan maksat âdeten pazarda satılan koyun, inek ve deve sütüdür.

Buna göre dikkat edilecek olan husus şudur: İnsanın satın almak üzere vekâlet verdiği durumlarda satın alınacak şey, her zaman ve mekâna göre âdeten ve fiilen yürürlükteki örfe göre tayin edilir, belirlenir.

Satın Almak Üzere Vekil Olan Kimsenin, Müvekkili İle İlişkisi:

Satın almak üzere vekil olan kişi, satın aldığı şeyin kıymetini kendi malından müvekkilin sarih izni olmaksızın ödeyip satın aldığı malı kabzetse, müvekkile rücu etme hakkı vardır. Çünkü bu konuda delâleten izin vardır. Zira ileride de açıklayacağımız gibi aktin hakları âkide (akit yapana) ait olduğundan ve müvekkil de bunun kıymetini bildiğinden onun ödenmesine de razı olur. Satın alınan mal, müvekkile

vermeden önce vekilin elinde telef olacak olursa, bu müvekkilin malından telef olmuş olur ve onun ödemesi gereken değeri sakıt olmaz. Çünkü vekilin eli müvekkilin eli gibidir. Satın almak üzere vekil olan bir kimse, kıymetini tamamen alıncaya kadar satın aldığını elinde tutabilir. Hatta kendisi bu kıymeti ödememiş dahi olsa bu, onun hakkıdır. Zira o bu durumda müvekkile karşı satıcı durumundadır ve bunun kıymetini almak üzere alıkoysa ve elinde telef olsa, Ebu Yusuf'a göre rehnin tazminat altında olması gibi, bu da tazminat altındadır. Onun kıymetinden ve bedelden daha az olanını tazminat olarak öder. Züfer'e göre ise bu gasp tazminatıdır. Onun mislinin veya kıymetinin, ne kadar olursa olsun ödenmesi gerekir. Ebu Hanîfe ile Muhammed'e göre ise bu, satılan şeyin tazminatı gibi tazminat altında demektir; yani az veya çok olsun kıymeti sakıt olur. (1)

Vekilin, müvekkil adına muamelede bulunduğu kimse ile alâkasına gelince: Bunlar satın alınan şey elinde olduğu sürece bedelin ödenmesi, kusur sebebiyle geri verilmesi gibi aktin haklarının uygulanmasıdır.

2- Vekâlette aktin hakları ve hükmü:

Akitlerin hakları, akitten maksat ve gaye olan şeyi elde etmek için gerçekleştirilmesi kaçınılmaz olan işlerdir. Satılanın teslim edilip semenin kabzedilmesi, ayıp yahut hıyar-ı ru'yet ya da hıyar-i şart sebebi ile alınan malı geri vermek, eğer satılan şey mislini istihkak ediyorsa (2) semenin iadesini garanti (damân) etmektir.

Fakihler vekilin akti müvekkile izafe etmesi hâlinde satış gibi icap ve kabul ile tamamlanan akitlerin haklarının müvekkile ait olacağı üzerinde ittifak etmişlerdir. Şayet akti kendisine izafe edecek olursa, satış ve alış üzere vekâlet verme konusundaki umumi kaide şudur: Cumhura göre akit hakları vekile raci olur. Satılanın teslimini yapmak zorunda olan, fiilen onu teslim edecek olan ve kabzı gerçekleştirecek olan odur. Aynı şekilde satılan şeyin karşılığı olan semeni kabzedecek, bunu talep edecek, ayb (kusur) ve benzeri sebepler dolayısıyla rücû konusunda davalaşacak olan odur.

Hanbelîlerde ise biraz sonra gelecek olan açıklamaya göre bu haklar müvekkile racidir.

Hanefîler ise şöyle demektedir: Vekâletin kimisinde vekile emrettiği şeylerin dışında hakları yoktur. Borcu tahsil etmek ve mülâzemet (3) üzere vekâlet vermek

1- *el-Kitâb ma'al-Lübâb,* II, 143; *el-Hidâye,* III, 140; *Tekmiletü İbni Abidîn,* II, 204; *Desukî* III, 381 *el-Mühezzeb,* I, 353; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 460, 467.

2- *İstihkak:* Bir kimsenin başkasının elinde bulunan bir şeyin mülkiyetinin kendisine ait olduğunu iddia ederek, delili ile bunu ispat etmesi ve o şeyin mülkiyetinin ona ait olduğu hükmünün mahkemece verilmesidir.

3- *Mülâzemet:* Bir kimsenin bir başkasına, "Filân kişinin üzerindeki alacağını bana ödeyinceye kadar ondan ayrılmamak üzere seni vekil tayin ediyorum" demesidir. Âdeten böyle bir mülâzemet için

ve buna benzer hâllerde olduğu gibi. Kimisinin de hakları vekile raci olur, kimisinde de haklar müvekkile raci olur.

a) Bu hususta Hanefîlerin kabul ettiği umumî kaide şudur: Müvekkile izafe edilmesi gerekmeyen her türlü akti vekil kendisine izafe etmekle yetinir. Bunun hakları âkide (akti yapana) racidir. Satışlar, alışlar, icareler, satış anlamında olan sulh (yani ikrar karşılığında sulh) gibi akitlerin hakları vekilin lehine ve aleyhine racidir. Satılanın teslim edilmesi, semeninin kabzedilmesi, kendisi satın aldığı takdirde semenin ondan istenmesi ve satın aldığı şeyi kabzetmesi, kusur sebebiyle davalaşması gibi.

Bu durumda sattığı şeyi müşteriye teslim etmek ve semeni kabzetmek onun görevidir. Şayet müşteri satın aldığı malda bir kusur (ayb) bulacak olursa bu konuda vekil hakkında dava açabilir. Eğer mebîninin (satın aldığı şeyin), satıcıdan başkasının hak ettiği bir şey olduğu ortaya çıkarsa vekilin bunun tazminatını ödemesi gerekir. Ancak âkid (akti yapan)in mesuliyette ehil ve hakları iltizam yetkisinden olmayan kişilerden meselâ, tasarruftan alıkonulmuş mahcur küçük, kadı, kadı'nın emîni vb. olması hali bundan müstesnadır. O takdirde aktin hakları vekile değil de, bizzat müvekkilin kendisine raci olur. Şayet vekil, akti müvekkilin kendisine izafe edecek olursa aynı şekilde akdin hakları yine müvekkile raci olur.

Vekil, aktin haklarını yüklenme konusunda başkasını vekil yapabilir ve müvekkil, vekil mevcut olduğu sürece bunlardan her hangi birisini doğrudan kendisi yapamaz. Şayet satış için vekâlet veren, müşteriden semenini isteyecek olursa müşterinin bu semeni kabzetmesine mani olma yetkisi vardır. Çünkü ona göre müvekkil bu durumda akit ve aktin haklarına yabancı bir kimsedir. Çünkü aktin hakları âkide aittir. Şayet müşteri bu semeni müvekkile ödeyecek olursa caiz (geçerli)dir. Çünkü kabzedilen semenin kendisi, onun hakkı kabul edilmektedir. Böyle bir durumda vekilin semeni ikinci defa ondan isteme yetkisi yoktur. Çünkü bunun (müvekkile) bir faydası olmaz. Zira onu alacak olursa tekrar o semeni ona iade etmesi gerekecektir.

b) Müvekkile izafe edilmesi gereken her bir aktin hakkı yani müvekkilin adını onun lehine tasarruf etmekte olduğunu göstermek için ibaresinde zikretmek gereği olan bütün akitlerin hakları, müvekkile racidir. Nikâh, mal karşılığı talak, hul', kasten öldürme bedeli karşılığında sulh, müddeâ aleyhin inkârı karşılığında sulh vb. akitlerde olduğu gibi. Bu gibi akitlerin hakları müvekkilin lehine ve aleyhine olur. Vekil ise bunlardan bir elçi ve sadece meramı anlatıcı olur. O kadar ki, nikâhta kocanın vekili olan kimseden mehir istenmez. Bu mehir kocadan istenir. Vekilin, mehri tazminatı altına alması hâli müstesnadır. O takdirde tazminat hükmü gereğince ondan istenir. Nikâhta kadının vekili olan kişi mehir kabzetme imkânına sa-

---

insanların en kaba ve haşin olanları ve yanından ayrılmayacağı için borçlunun kendisinden rahatsız olacağı kişi seçilir.

hip değildir. Kadının vekilinin onu teslim etmesi de onun için lâzım (bağlayıcı) değildir. Aynı şekilde vekil tayin edilmiş kişi, eğer kocanın vekili ise hul'un bedelini kabzedemez. Kadının vekili ise tazminatı altında olduğunu söylemesi hâli müstesna, hul'un bedeli ondan istenemez. Kan bedeli karşılığında sulh yapmak üzere vekil olan kimsenin de durumu böyledir.

c) Ancak kabz ile tamamlanan akitler, yani hibe, karz, iare, rehin ve buna benzer aynî akitlerin durumu da böyledir. Bu gibi akitlerin de müvekkile izafe edilmesi zaruridir. Bunlardaki haklar da ona raci olur. Aksi taktirde akit, vekil hakkında gerçekleşir. Bu iki grup aktin mutlaka asile nispet edilmesinin sebebi şahsî itibarın birinci derecede olmasıdır.

Hanefî mezhebinin görüşü bu şekildedir. [1] Onlar kitaplarında çoğu zaman âdet ettikleri üzere Şafiîlerin kendilerine muhalefet ettiklerini, bu bakımdan aktin haklarının vekile değil de müvekkile raci olduğunu zikrettiklerini ileri sürürler. [2] Ancak işin doğrusu, mezheplerin kabul ettikleri hükümlerin o mezhep mensuplarınca güvenilen kitaplardan nakledilmesidir. Nevevî'nin *el-Minhâc* adlı eserinde gayet açık bir ifade vardır: Akdin hükümleri yani hakları, müvekkil ile değil, vekil ile alâkalıdır. [3] O hâlde bu konuda onlar da Hanefîler gibidirler.

Malikîler de böyle demektedirler: Aktin hakları, semenin kabzedilmesi ve buna benzer hakları vekile racidir; müvekkile değil. [4]

Hanbelîler ise şöyle demektedirler: Aktin hakları vekile değil müvekkile racidir. Çünkü onlara göre vekil mücerret bir elçi ve asıl âkidin (akit yapanın) maksadının bir açıklayıcısıdır. [5] Bu görüşte ise vekâletten gözetilen maksat ortadan kaldırılmaktadır. Çünkü müvekkilin kendisine ait işlerde başkasını vekil tayin etmesinin sebebi, bizzat kendisinin bunu yapmakla karşılaşacağı yükü hafifletmek yahut da bu akitleri kendisinin yapmasının ona yakışmaması ya da onları yapacak kudrette olmamasıdır. Eğer haklar müvekkilin kendisine ait olacak olursa vekâletten gözetilen maksat gerçekleşmiş olmaz. [6]

1- ***Muhtasaru't-Tahâvî***, 109; ***el-Bedâyi***, VI, 33 vd.; ***Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr*** VI, 16 vd.; ***Reddü'l-Muhtâr***, IV, 419; ***Mecmau'd-Damânât***, 243; ***el-Kitâb ma'a'l-Lübâb***, II, 141.

2- Mesela bk. ***el-Bedâyi***, VI, 33; ***Tebyînü'l-Hakaik***, IV, 256; ***Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr*** VI, 17.

3- ***Nihayetü'l-Muhtac***, IV, 47; ***Muğni'l-Muhtâc***, II, 230 vd.; ***el-Mühezzeb***, I, 353.

4- ***eş-Şerhu's-Sağîr***, III, 506 vd.; ***el-Müdevvenetü'l-Kübrâ***, 1323 H., X, 83, 186. Allâme Halîl ve onun şarihi ed-Derdîr (III, 382'de) der ki: "Uhde dolayısıyla veya kusur sebebiyle vekilden talepte bulunulursa veya istihkak sebebiyle bu talep yapılırsa, müşteri (simsar gibi) vekil olduğunu bilmezse böyledir. Aksi takdirde bu talep müvekkilden olur, vekilden değil. Onun bu konuda "mufavvid" yani âkidin ona da müvekkile de -mufavada ortaklığındaki şerik-i mufavvadda olduğu gibi- rücu etmek hakkı vardır.

5- ***Keşşâfu'l-Kınâ***, IV, 467; ***el-Muğnî***, V, 97; ***Gayetü'l-Münteha***, III, 156; ***Metâlibü Uli'n-Nuhâ***, III 462.

6- ***el-Emvâl ve Nazariyyetü'l-Akd***, 376.

Mezhepler arasındaki bu görüş ayrılığı, vekilin, akitleşmenin asilin (müvekkilin) adına yapıldığını açıklamaması hâline münhasırdır. Eğer vekil yapılan bu aktin asilin adına yapıldığını açıkça ifade edecek olursa, bütün mezhepler akit hükümlerinin ve haklarının asilin (müvekkilin) hakkında söz konusu olacağında icma etmişlerdir.

Bu bahisten müvekkil ve vekilin her birisinin satıştaki hakları ve görevleri öğrenilmiş oluyor. Buna göre satış için vekâlette müvekkilin görevleri şunlardır: Eğer bir haddi aşma veya bir kusur söz konusu değilse doğacak zarara katlanmak, şayet vekâlet ücret karşılığı ve iş de gerçekleştirilmişse vekile ücretini ödemek. Vekilin müvekkile karşı yapmayı üstlendiği işleri gerçekleştirmesi de müvekkilin hakkıdır.

Satış vekilinin görevleri ise kayıtlara bağlı kalmak, mukayyet vekâlette açıklanmış şartlara riayet etmek, mutlak vekâlette ise örf ve âdete riayet etmektir.

Satın alma vekâletinde müvekkilin görevleri: Satın alınacak malın kıymetinin verilmesi, her hangi bir tecavüz veya kusur olmadığı takdirde vekâlet konusu olan şeydeki tasarrufunda görülecek arızî zarara katlanmak ve vekâlet ücretli olduğu takdirde vekilin ücretini ödemek.

Satın almak üzere vekil yapılanın görevleri ise, örf ile amel ederek semen-i misil ile satın almak; Ebu Hanife dışında kalan cumhura göre, ayıplardan (kusurlardan) uzak malı satın almak; yine Ebu Hanîfe'ye göre, tayin edilen şeyi müvekkil adına satın alıp kendisi veya akrabalarının adına satın almamaktır. Malikîlere göre müvekkilin menfaatine olan her şeyi yapmakla da görevlidir. Şayet vekil müvekkilinin şartlarına aykırı hareket ederse Hanefîlere göre kendi namına satın almış olur.

Satın almak üzere vekil tayin edilen kişinin hakları: Vekil, müvekkilin kendisine tayin etmiş olduğu kıymetten daha aşağıya satın alabilir. Çünkü bu müvekkilin faydasına olan bir muhalefettir. Ayrıca müvekkil adına satın aldığı mal karşılığında kendi adına semen olarak ödemiş olduğu miktarda müvekkile rücu etmek, bu malın semenini ondan alıncaya kadar satın aldığı malı müvekkile vermemek, kusurlu mal elinde olduğu sürece kusur (ayb) sebebiyle malı iade etmek vekilin haklarındandır.

Aktin hükmü: Hanefîlerle Şafiîlere göre vekile rücu eden vekâlet aktinin haklarından söz etmiş bulunuyoruz. Burada ayrıca aktin hükmüne dair bir açıklama daha eklemeyi uygun gördük.

Aktin hükmünden maksat, ondan gözetilen gaye ve hedeftir.

a) Satış ve buna benzer icap ve kabule bağlı olan akitlerde hüküm, satılan şeyin mülkiyetinin müşteri lehine, semenin mülkiyetinin de satıcı lehine sabit olması-

dır. Fakihler vekil aracılığı ile gerçekleşen aktin hükmünün, vekil hakkında değil de bizzat müvekkilin kendisi hakkında gerçekleşeceği üzerinde ittifak etmişlerdir. Çünkü vekil, müvekkilin adına konuşan ve onun lehine akit yapan kimsedir. O bu konudaki yetkisini (velâyetini) müvekkilinden almaktadır. Aktin hükmü cumhura göre mutlak olarak müvekkil hakkında kabul edilir. Vekil akti ister kendisine izafe etsin isterse müvekkiline isnat etsin, fark etmez. Malikîlere göre ise vekil, akitte müvekkilin hesabına hareket ettiğini açıkladığı takdirde, aktin hükmü müvekkil hakkındadır.

Aktin mücerret tamamlanması ile birlikte mülkiyet, doğrudan doğruya müvekkil adına sabit olur. Yani ta başından beri mülkiyetin sabit olması bu şekildedir. Önce vekilin lehine sabit olmasına, arkasından da onun vasıtası ile müvekkile intikal etmesine gerek yoktur. Bu, dört mezhepte de kabul edilmiş bir görüştür. Çünkü vekil hakikatte müvekkilinin lehine ve onun emriyle hareket etmektedir. [1] Buna göre Müslüman bir kimse şarap veya domuz satın almak üzere bir zimmîye vekâlet verirse böyle bir satın alma sahih değildir. Çünkü Müslüman olan bir kimsenin bu iki şeyden her hangi birisini mülk edinmesi imkânı yoktur. Hanefîlerin de mezhebi budur. Yoksa Hanbelîlerle Malikîlerin zikrettiği gibi Ebu Hanife'nin mezhebine göre mülkiyet önce vekile sonra da müvekkile intikal eder, şeklinde değildir.

b) Hibe ve iare gibi ancak kabz ile tamamlanan akitler: Aktin hükmü müvekkil adına gerçekleşir. Şayet vekil: "Bu şeyi hibe ettim" veya "iare (ödünç) verdim" diyerek akti kendisine izafe edecek olsa da, hüküm müvekkil hakkında söz konusudur. Çünkü vekil bu akitlerde sadece bir elçi ve bir aracıdır.

c) Evlilik akti: "Seninle filân kişi evlendi" diyerek akti müvekkiline izafe edecek olursa, aktin hükmü müvekkil hakkında söz konusu olur. Eğer: "Seninle evlendim" diyerek akti kendisine izafe edecek olursa, bu evlenme kendisi için olur, müvekkili için değil.

d) Şayet kocanın vekili ise, boşamada da durum evlilikteki durum gibidir. Şayet kadının vekili ise, boşamayı ona izafe etmesi gerekir. O vakit: "filân kadını şunun karşılığında boşa" der.

3- Kabzedilen şeyin vekil elindeki durumu:

Kabzedilenin vekil elinde vedia ve bu gibi şeyler ayarında bir emanet olduğu üzerinde fakihler ittifak etmişlerdir. Çünkü onun eli vedînin eli seviyesinde müvekkilin adına vekâlet eden eldir. Dolayısıyla vedialarda tazminat ödenmesi gereken hususların tazminatını öder, vedînin tazminat ödemediği hâllerde o da ödemez. Kendisi hakkında söz konusu olacak tazminatı defetmek için onu sözüne itibar edi-

---

1- *Tebyînü'l-Hakâik,* IV, 256; *el-Feraidü'l-Behiyye fi'l-Kavâninü'l-Fıkhıyye,* V, 130; ***Muğni'l-Muhtâc,*** II, 229 vd.; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 298; *el-Mühezzeb,* I, 356.

lir. [1] Hükmün sebebi konusunda yapılan açıklamaların özeti şudur: Vekil bir emindir. Dolayısıyla müvekkilinin onun aleyhinde bir tazminat hakkı yoktur. Vekil tarafından her hangi bir şekilde haddini aşma veya kusur söz konusu olması hâli bundan müstesnadır. Eğer vekilin haddini aşması veya kusuru bulunmuyorsa, meydana gelecek zarara müvekkil katlanır.

Bu kaideye binaen İbni Kudâme *el-Muğnî* adlı eserinde genellikle vekil ile müvekkilin anlaşmazlık içerisine düştüğü altı durumdan söz etmiştir; biz de bunları kısaca zikredelim:

a) Malın telef veya kaybolmasında ihtilâf etmeleri. Vekil: "Senin malın elimde telef oldu veya kayboldu" dediği hâlde müvekkilin onu yalanlaması. Bu hâlde yemin ile birlikte vekilin sözüne itibar edileceği ittifakla kabul edilmiştir. Çünkü vekil, emin (kendisine güvenilir) bir kimsedir. Bu gibi durumlara ise delil getirmek mümkün olmayabilir. O bakımdan vedî (yanında vedia bırakılmış) gibi beyyine (delil) getirmesi istenmez. Hanbelîler bundan telefin, gözle görülen yangın, talan ve buna benzer bir işle olması iddiasını istisna etmişlerdir. Bu durumda telefin var olduğuna delil getirmesi gerekir.

b) Vekilin haddini aştığı veya malı korumada kusurlu olduğu ve müvekkilin emrine muhalefet ettiği konusunda ihtilâf etmeleri. Meselâ, müvekkilin, bineğe takatinden fazlasını yüklemiş oluduğu yahut onu korumakta kusurlu davrandığını ileri sürmesi ya da malı kendisine iade etmesini emrettiği hâlde vekilin bunu yapmadığını iddia etmesi gibi durumlarda yine yemin ile birlikte vekilin sözüne itibar edilir. Çünkü daha önceden de zikrettiğimiz gibi o, emin bir kimsedir. Malikîlerin meşhur görüşlerine göre ise müvekkilin sözüne göre hükmedilir.[2]

Vekâlet ister bir ücret karşılığı olsun ister karşılıksız olsun vekil, emin (kendisine güven duyulan) bir kimsedir. Çünkü vekil elde bulundurmak ve tasarrufta müvekkilin yerine ve onun adına hareket eder. Dolayısıyla onun elinde meydana gelecek bir telef gerçek malikin elindeki telef gibidir. Vekil her hangi bir haksızlık yapmadıkça elinde bulunanın telef olması halinde tazminat ödemez.

c) Tasarruf konusunda aralarında anlaşmazlık çıkması. Meselâ vekil: "Ben elbiseyi sattım ve onun bedelini kabzettim, fakat telef oldu" dediği hâlde müvekkilin: "Satmadın ve kabzetmedin" veya: "Sattın, fakat hiç bir şey kabzetmedin" demesi hâline benzer. Yani burdaki anlaşmazlık ya satışın meydana gelişinde yahut da taraflar satışın gerçekleştiği konusunda ittifak ettikten sonra onun değerinin kabzedilmesi konusundadır. Bu durumda Hanefîlerle Hanbelîlere göre vekilin durumu muteberdir. Çünkü satış ve bedelini kabzetme imkânına sahiptir; her iki hususta da

---

1- *el-Bedâyi*, VI, 34; *Mecmau'd-Damânât*, 251; *Dürerü'l-Hukkâm*, II, 287; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II 299; *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 519; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 230; *el-Mühezzeb*, I, 357 vd.; *el-Muğnî*, V 94.

2- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 299 vd.

onun sözü kabul edilir. (1)

Şafiîlerin bu konuda iki görüşü vardır; bunların esah olanına göre yemin ile birlikte müvekkilin sözü kabul edilir; çünkü aslolan tasarrufta bulunmamak ve müvekkilin mülkünün baki kalmasıdır. (2)

d) Hakkında vekâlet verilmiş olan şeyin müvekkile iade edilmesinde ihtilâf etmeleri; vekil iade ettiğini ileri sürerken müvekkilin bunu kabil etmemesi. Tercih edilen görüşlerinde dört mezhep imamının da kanaatine göre vekilin sözüne itibar olunur. Vekâletin ücretli veya ücretsiz olması arasında da fark yoktur. Çünkü müvekkil ona güvenmiştir. Şayet vekâlet ücret karşılığı ise, vekil ayn'ı çalıştırarak ondan faydalanabilir; bizzat ayn'ın kendisinden faydalanamaz. Çünkü vekilin kabzı, iare alan kimsenin kabzında olduğu gibi, kendisinin menfaati için olmamaktadır.(3)

e) Vekâletin aslında anlaşmazlığa düşmeleri: Vekil "Sen bana vekâlet verdin" derken müvekkil de bunu kabul etmezse dört mezhebe göre müvekkilin sözüne itibar edilir. Çünkü aslolan vekâletin olmamasıdır. Onun, müvekkilinin aleyhine söyleyebileceği sözlerin kabul edilebilmesi müvekkilin ona güvenmesine bağlı olup bu ise sabit değildir. (4)

f) Vekâletin niteliğinde anlaşmazlığa düşmeleri: Vekilin: "Sen bana veresiye satış yapmak için" yahut da -meselâ- "Bu kitabı yirmi liraya satın almak veya satmak için vekâlet verdin" derken, müvekkilin: "Hayır, ben sana peşin satış için" yahut da: "On lira karşılığında" satın almak için veya "Bu kitabı değil de bu kalemi satmak için vekil tayin ettim" demesi hâlinde dört mezhebe göre de yemin ile birlikte müvekkilin sözüne itibar edilir. Çünkü aslolan vekilin sözünü ettiği hususlarda izin vermemektir ve diğer taraftan müvekkil kendisinden sadır olan izni daha iyi bilir. (5)

Satın almak üzere vekâlette mala karşılık ödenen bedel hususunda anlaşmazlığa düşmeleri hâlinde Hanefîlere göre, eğer satın alınan şey, vekilin ileri sürdüğü kıymeti ediyor ise vekilin sözüne itibar edilir. Eğer o değeri etmiyor ise, müvekkilin sözüne itibar edilir. Şafiîlerle Hanbelîlere göre bu konuda vekilin sözü muteberdir, çünkü o emindir. (6) Satın alınan şeyin türünde aralarında anlaşmazlık çıkarsa meselâ, vekil hurma satın aldığı hâlde müvekkilin ona üzüm satın almasını emretmiş olduğunu söylemesi hâlinde, yemini ile birlikte vekilin sözüne itibar edi-

1- *el-Medâyi*, VI, 36; *el-Muğnî*, V, 95.

2- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 235; *el-Mühezzeb*, I, 357.

3- *el-Bedâyi*, a.y.; *el-Mebsût*, XIX, 10; *el-Muğnî*, V, 96; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 235; *el-Mühezzeb*, I 358; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 299.

4- *el-Muğnî*, V, 97; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 233; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 393.

5- a.g. eserler; *el-Hidâye*, III, 147.

6- *el-Hidâye*, III, 144; *Tekmiletü'l-Mecmû*, XII, 606; *el-Muğnî*, V, 95.

lir.[1]

4. Vekillerin Teaddüdü (Birden Çok Olması)

Tasarruflarda ve davalaşmalarda, yani hakim huzurundaki muhakemeleşmelerde âdeten, çoğu zaman görüldüğü üzere, bir kişinin birden fazla vekili bulunabilir. Müvekkilin iki ya da daha çok vekili olabilir.

Eğer her hangi bir kimsenin, her biri özel bir akit hakkında ve özel işler ile ilgili olarak birden çok vekili bulunursa, Hanefîlere göre onların her birisi başkasıyla istişare etmeye gerek olmaksızın kendi başına hakkında vekil edildiği şeyi yerine getirebilir. Şayet bu vekâlet bir tek iş için ise, yine bunlardan her hangi birisi tek başına onu yapabilir.

Eğer tek bir akitte hepsine vekâlet verilmişse müvekkilin izni olmaksızın onlardan hiç bir kimsenin tek başına kendilerine vekâlet verilen işi yerine getirme salâhiyetleri yoktur. Ancak tasarruf vedîaların veya borçların ödenmesi gibi görüş alışverişini gerektirecek türden olmayan, yahut da hakim önünde davalaşmak yahut da talak türünden vekâletlerde olduğu gibi, bir araya gelmenin mümkün olmadığı haller bundan müstesnâdır.

Malikîler karşı tarafın birden çok olmasını kabul etmesi şartıyla husumet (mahkeme önünde davalaşma) hâlinde, vekillerin birden çok olmasını caiz kabul etmişlerdir. Ancak Şafiîler davalaşmak üzere vekâlet verilmiş birden çok kimsenin her hangi birisinin tek başına husumette bulunmasını caiz kabul etmezler. Çünkü müvekkil ancak onların birlikte tasarruf etmelerini kabul etmiştir. Hanbelîlerde ise bu konuda iki görüş vardır; birisi Şafiîlerin görüşü gibidir; birisi de örfen tek başına tasarrufu geçerli kabul etmek şeklindedir. [2]

Vekillerin birden çok olmasına dair umumi kaideler bunlardır. Aşağıda vekâlet türlerinin ele alınması suretiyle bunların uygulamaları gösterilmiştir:

Eğer tasarrufun tümü görüş almayı gerektiren türden ise, kendilerine vekâlet verilen hususta bir vekilin tek başına başkaları olmaksızın tasarrufta bulunma yetkisi yoktur. Çünkü müvekkil onların ortak görüşlerini kabul etmiştir, tek bir kimsenin değil. Satış için iki kişiye vekâlet verse arkadaşı olmaksızın onlardan her hangi birisi bu tasarrufa sahip değildir. Tasarrufta bulunacak olursa öbür vekil arkadaşı veya müvekkilin kendisi bunu geçerli kabul etmediği takdirde bu satış geçerli olmaz. Çünkü satışın görüş almayı gerektiren bir tarafı vardır. Müvekkil ise her ikisinin birlikte görüşlerini kabul etmiştir; tek bir kimsenin değil.

Satın almak için iki kişiye vekâlet verecek olursa onlardan her hangi biri tek başına tasarrufta bulunma imkânına sahip değildir. Ancak satın alma hâlinde onlar-

1- *Desûkî*, III, 393.
2- *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 505; *Tekmiletü'l-Mecmû*, XIII, 557; *el-Fürû*, (İbni Müflih), II, 693.

dan her hangi biri, diğeri olmaksızın satın alacak olursa, satın alacak kişi adına geçerli olur; bu, satmanın aksine ayrıca diğer vekilin geçerli kabul etmesine bağlı değildir. Çünkü satın almak üzere vekil olan kişi -daha önceden de görmüş olduğumuz gibi- kendi maslahatına riayet etme töhmeti ile karşı karşıyadır.

Evlenmek veya mal karşılığı boşamak üzere yahut da karşılığında malî bir bedel bulunan benzeri her bir akitte iki kişiye vekâlet verse vekillerden her hangi birisi öbürü olmaksızın akti icra edemez. Çünkü burada verilen emrin yerine getirilmesi değişik bakış açılarının ele alınmasına, görüşlerin ortaya konulmasına ihtiyaç doğurmaktadır.

Borcu kabzetmek üzere vekil tayin edilen iki kişiden her hangi birisi de öbür vekil arkadaşı bulunmaksızın bu borcu kabzedemez. Çünkü borcun kabzedilmesi görüş alınmasını ve güveni gerektiren bir iştir. Müvekkil ise sadece birinin değil, her ikisinin görüşüne durumu havale etmiş; birinin emanetine değil, her ikisinin emanetine razı olmuştur.

Görüş almayı gerektirmeyen tasarruf türünde ise, vekillerden her hangi biri diğeri olmaksızın tek başına tasarrufta bulunabilir; karşılığında her hangi bir bedel olmaksızın boşamak veya vedîayı sahibine geri vermek veya bir borç ödemek hâllerinde olduğu gibi. Onlardan her hangi biri kendilerine verilen vekâlette tek başına tasarrufta bulunabilir. Çünkü bu tür tasarruflarda ayrıca görüş almayı gerektirecek bir durum yoktur ve bunlar mücerret bir ifade ile olur. Onlardan her hangi birisinin ifadesi (ibaresi) ile bir kaçının ibaresi arasında fark yoktur.

Mahkeme önünde fiilen davada bulunmak üzere vekâlet verilmiş iki kişinin her birisi ise, Hanefîlerin cumhuruna göre tek başına tasaranıfta bulunabilir. Çünkü aynı vakitte mahkeme huzurunda bir arada bulunmak zor bir iştir. Diğer taraftan bu husumetten maksat, hakime hasmın (müvekkilinin) sahip olduğu savunma yollarına ve hakimin de bunları dinlemesine gerek olduğunu bildirmektir. Savunmak üzere iki vekilin bir arada bulunması ise, hem bunu bildirmeye hem de dinlemeye -açıkça belli olduğu üzere- halel getirmiştir. Savunmada kullanmak üzere gerekli belgelerin hazırlanması için ise elbette ki bir araya gelmeleri mümkündür. Aynı şekilde savunma yapacak vekillerin savunmayı kendi aralarında bölüştürmeleri de mümkündür. Onların her birisi bunun bir kısmını üzerine alabilir.

İmam Züfer şöyle der : "Davalaşmak (husumet) üzere vekil tayin edilmiş iki kişiden her hangi biri bu işi öbürü olmaksızın tek başına yerine getiremez. Çünkü davalaşmak görüş almayı gerektiren bir durumdur; müvekkil ise onlardan birinin görüşü ile yetinmemiştir." (1)

Cumhur (Malikîler, Şafiîler ve Hanbelîler) ise şöyle der: (2) "Vekiller birden

1- *el-Bedâyî,* IV, 32; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 86-88.

2- *el-Hırşî,* ikinci baskı-; VI, 82; *el-Mühezzeb,* I, 351; *el-Muğnî,* V, 87.

fazla oldukları takdirde, öbürüne danışmaksızın onlardan her hangi birisinin tek başına tasarrufta bulunma yetkisi yoktur. Çünkü müvekkil öbürü olmaksızın onlardan birisinin tek başına tasarrufta bulunmasını kabul etmemiştir. Ancak müvekkil onlara tek başlarına tasarrufta bulunma izni vermişse onlardan her birisi tek başına ötekinden bağımsız olarak tasarrufta bulunabilir."

5. Vekâletin Sona Erme Yolları

Vekâlet Aktinin Niteliği: Fakihler ücretsiz olarak vekâlet aktinin, taraflar açısından lâzım (bağlayıcı) olmadığı üzerinde ittifak etmişlerdir. [1] Müvekkil vekâlet verdiği şeyi terketmekte veya bir başka kişiye vekâlet vermekte maslahat görebilir.

Vekil açısından da bağlayıcı olmaz, çünkü vekil vekalet işlerini yapmaya vakit bulamayabilir. Bu gibi durumlarda aktin lüzumu (bağlayıcılığı) her iki taraf için de zararlı olabilir. Buna ilâveten taraflardan her birisinin dilediği zaman vekâlet aktinden dönme imkânı vardır. O vakit de vekâlet son bulur. Vekâletin son bulma yolları üzerinde birazdan duracağız.

Ücret Karşılığı Vekâlet: Eğer bu ücret, akitte zaman ve yapılacak iş tayin edilmeksizin bir çeşit mükâfatlandırma türünden ise, yine ittifakla böyle bir vekâlet lâzım (bağlayıcı) değildir. Ancak Malikîler şöyle der: İşe başlandıktan sonra sadece mükâfat vaadinde bulunanı bağlayıcıdır.

Zaman ve iş tayin edilerek icare yolu ile olursa, -malı satan (dellal) veya simsar gibi olursa- bu Hanefîlere ve Malikîlerin meşhur görüşlerine göre lâzımdır (bağlayıcıdır); Şafiîlerle Hanbelîlere göre ise bağlayıcı değildir.

Vekâletin sona erme sebepleri: [2]

1- Müvekkilin vekilini azletmesi: Müvekkilin vekilini azletmesi ile vekâletin son bulacağı ittifakla kabul edilmiştir. Çünkü vekâlet görmüş olduğumuz gibi lâzım olmayan bir akittir. Dolayısıyla azil yolu ile fesholabilmesi, onun tabiatının bir gereğidir. Şu kadar var ki, azlin sahih olması için Hanefîlerce iki şart aranır:

a) Vekilin azledildiğini bilmesi. Çünkü azl aktin feshi demektir. Onun hükmünün bağlayıcı olması ancak -fesihte olduğu gibi- bilinmesinden sonra olur. Azlin bilinmesi ise ya vekilin huzurunda gerçekleşir ya ona yazılı olarak bildirmeyle yahut özel elçisini ona göndermesi veya iki kişinin bildirmesi veya adaletli bir kim-

1- *el-Bedâyi,* VI, 37; *Tekmiletü İbni Âbidîn,* VII, 351; *el-Hattâb,* V, 215; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 297 *Muğni'l-Muhtâc,* II, 231 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 356; *el-Muğnî,* V, 113; *eş-Şerhu'l-Kebîr ma'ad-Desûkî,* III, 396 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 433; Hanbelîler dışında kalan her bir mezhep için müstesnalı vekâletin lüzum hâlleri için bk. *Kitâbu'l-Fıkh ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a,* III, 278-282.

2- Hanefî mezhebi için bk. *el-Bedâyi,* VI, 37 vd.; *Muhtasaru't-Tahâvî,* 109; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadîr* VI, 123 vd.; *el-Mebsût,* XIX, 12 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 434; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb,* II, 145 *Tekmiletü İbni Âbidîn,* VII, 378.

senin haber vermesi yahut adil olmayan bir kimsenin azledildiğini söylemesi ve onun da tasdik etmesi ile olur. Azli bilmeden önce ise vekilin tasarrufları, azil öncesindeki tasarrufları gibi olur.

Malikîlerce tercih edilen görüşe ve Ahmed bin Hanbelden gelen bir rivayete göre de bu şart aranmaktadır.

Bu şartın koşulmasının sebebi de şudur: Azil iki bakımdan vekile zarar verebilir. Birincisi, azil yolu ile onun velâyetinin (yetkilerinin) iptal edilmesi sonucunu verir. İkincisi ise; akit hakları onun üzerine yüklenmiş bulunmaktadır. Eğer satın almak üzere vekil tayin edilmişse satın aldığı şeyin bedelini öder. Satmak üzere vekil ise sattığını teslim eder. İmam Şafiînin esah görüşü ile mezhebinde ercah görüş olan imam Ahmed'den gelmiş ikinci rivayette ise bu şart ön görülmez. Eğer müvekkil, vekilinin huzurunda onu vekâletten azlederse yahut da hazır olmadığı sırada onu azlederse anında azlolur. Çünkü akdin kaldırılması, sahibinin rızasını gerektirmez. Boşamada olduğu gibi, onun bilmesine ihtiyaç yoktur. Diğer taraftan vekilin gaib olması hâlinde, ondan başka bir kişiye vekâlet vermesine kıyasen de bu hüküm böyledir. [1]

Vekilin kendi kendisini vekâletten azletmesi hâlinde -müvekkilin hakkını korumak ve onun aldatılmasını önlemek maksadı ile- durumun müvekkile bildirilmesinin şart olduğunda mezheplerin ittifakı vardır.

b) Vekâlete başkasının hakkının taalluk etmemesi gerekir. Eğer vekâlette başkasına ait haklar taalluk ediyorsa, hak sahibinin rızası olmaksızın azletmek sahih değildir. Meselâ, borcun vadesi geldiği vakit, borcu ödemek maksadıyla rehin tutulan şeyi satmak üzere borçlu tarafından tayin edilen vekili, müvekkil olan borçlu, bu vekili alacaklının rızası olmaksızın azledemez. Çünkü alacaklının bu vekâlet ile alâkalı bir hakkı vardır. Zira o alacağını (rehin edilen) ayn'ın satılması yoluyla almak ister. Aynı şekilde, "ne zaman isterse hanımını boşamak" üzere vekalet veren koca da hanımın rızası olmaksızın bu vekaletten dönemez. Bunun bir diğer örneği de borçlunun bulunmaması hâlinde alacaklının borcunu istemek için dava açmak üzere vekâlet vermektir. Şöyle ki; bir kişinin bir başkasında alacağı bulunur, borçlu uzak bir yere yola çıkmaya karar verir, bu sefer alacaklı kişi borçludan kendisinin bulunmadığı sırada borcunu istemek konusunda onunla davalaşmak üzere birisine vekâlet vermesini isterse; o da onun bu isteğine binaen birisine vekâlet verrirse, bu durumda böyle bir vekilin azledilmesi kabul edilmez. Çünkü bu vekil, hazır olmayan borçlunun yerini tutmaktadır. Alacaklı kimsenin de borcunu isteyecek bundan başka kimsesi yoktur. Şayet bunu azledecek olursa alacaklının hakkı zail olur.

2- *Vekâlet verdiği konuda müvekkilin bizzat tasarrufu:* Yani müvekkilin baş-

---

1- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 298; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 396; *Muğni'l-Muhtâec*, II, 232; *el-Mühezzeb*, 356; *el-Muğnî*, V, 113 vd.; *Gayetü'l-Müntehâ*, II, 155; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 329.

kasını vekil tayin ettiği işi bizzat kendisinin görmesi. Bir kimsenin başkasına her hangi bir şeyi satmak için vekâlet verdikten sonra müvekkilin bunu satması. Bu takdirde vekâlet ittifakla son bulur. [1] Çünkü aktin konusu ortadan kalkmıştır; azledildiğini bilmese dahi vekil azledilmiş olur.

3- Vekâletten gözetilen maksadın son bulması: Bu da hakkında vekâlet verilen tasarrufun gerçekleşmesi demektir. Çünkü o takdirde akit konusu ortadan kalkmış olur.

4- Müvekkilin veya vekilin ehliyetlerini kaybetmesi: Ölüm ile bu ehliyet ittifakla kaybedilir, mutbık (daimî) [2] delilik ile de bu ehliyetin kaybolacağı Şafiîlerin hilâfına cumhur tarafından kabul edilmiştir. Dört mezhebin ittifakıyla sefihlik dolayısıyla hacir ile de ehliyetin dışına çıkılmış olur. Şafiîler, -kendilerince esah olan görüşe göre- baygınlığı da delilik gibi kabul etmişlerdir. Başkaları ise, bayılmak, tasarruf ehliyetini ortadan kaldırmaz demişlerdir. Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlere göre ise, akit yapanın, karşı tarafın bu arızî sebepler dolayısıyla ehliyetten düştüğünü bilmesi şart değildir. [3] Malikîler ise şöyle demişlerdir: Daha tercih edilen görüşe göre vekil, durumu bilmedikçe müvekkilin ölümü ile azledilmiş olmaz.[4]

Ebu Yûsuf ile Muhammed arasında mutbık deliliğin tarifi konusunda görüş ayrılığı vardır. Ebu Yûsuf bunun bir ay süre ile devam eden delilik olduğunu, çünkü bir ay süren delilik ile ramazan orucunun düştüğünü söylemiştir.

İmam Muhammed ise tam bir sene devam eden delilik olduğunu, çünkü bir sene boyunca devam eden bu delilik ile bütün ibadetlerin düştüğünü söylemiştir. Dolayısıyla ihtiyaten mutbık delilik, bu süre ile takdir edilir. *Fethu'l-Kadîr*'e tekmile yazan Kadızade ise şöyle demektedir: Tercih edilen görüş Ebu Hanife'nin söylediği bunun bir ay ile takdir edileceğidir. Çünkü bir aydan daha kısa bir süre âcil hükmündedir; o bakımdan kısa olur. Bir ay ve daha fazla bir süre ise uzun bir süredir ve uzun süre hükmünde olur. *ed-Dürrü'l-Muhtâr* sahibi de: "Bununla fetva verilir" demiştir.

5- Müvekkilin irtidat edip darü'l-harb'e sığınması: Bu hali Ebu Hanife kabul etmiştir. Çünkü bu durumda o kişi harbî olur. Ebu Yusuf ile Muhammed şöyle der: Vekâlet bununla sona ermez. Çünkü onlara göre mürtedin tasarrufları geçerlidir. Dolayısıyla vekâlet ancak onun ölümü yahut irtidat dolayısıyla öldürülmesi veya

---

1- *el-Mebsût*, XIX, 50; *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 523; *Keşşâfu'l-Kınâ*, III, 457.

2- *Mutbık:* Devamlı olan demektir. "Mutbık humma" da burdan gelmiştir. Yani geceli gündüzlü kesintisiz olarak devam eden hummâ demektir. Cumhur deliliğin mutbık olmasını şart kabul ederken, Şafiîler çabucak geçse dahi delilik ile vekâletin sona ereceğini söylemişlerdir.

3- *el-Bedâyi*, VI, 38; *Tekmiletü'l-Feth ve'l-İnâye*, VI, 126 vd; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 232; *el-Muğnî*, V 113; *el-Mühezzeb*, I, 357; *el-Mebsût*, XIX, 13.

4- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 298; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 396; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 232; *el-Muğnî*, V 113; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 329.

kadının (hakimin) oraya sığındığına hüküm vermesi ile batıl olur. Bu konuda Ebu Hanife'nin görüşüne göre ise, mürtedin tasarrufları mevkuf (askıda) olur. Vekâlet de bu tasarruflardan birisidir. Şayet müvekkil tekrar İslâm'a girerse geçerli olur. Mürted olarak öldürülür veya darü'l-harbe sığınacak olursa vekâlet batıl olur.

Vekilin kendisi irtidat ederek darü'l-harb'e sığınacak olursa, Hanefîlerin ittifakıyla hakim onun daru'l-harbe iltihak ettiğine dair hüküm vermedikçe vekâletten düşmüş olmaz. Şu kadar var ki, Müslüman olarak darü'l-harb'den darü'l-İslâma geri dönerse, tasarrufun engeli ortadan kalktığından vekâlet tekrar döner derken; Ebu Yûsuf ise vekâlet tekrar geri dönmez, demektedir. Çünkü o darü'l-harbe iltihak etmekle ölülere iltihak etmiştir. Dolayısıyla müvekkilin aleyhine geçerli olacak şekilde tasarruf velâyeti türünden sahip olduğu yetki de batıl olur. Velâyet batıl olduğu takdirde vekâlet vermek de batıl olur. Velâyet batıl olunca da tekrar avdet etmez.

Malikîlere göre: Vekil irtidat ederse, ondan tevbe istenen günlerde azlolur. Bundan sonra öldürülecek olursa yine azlolur. Şayet -kadının hamile olması hâlinde olduğu gibi- mevcut bir engel sebebiyle öldürülmesi tehir edilirse, ilim adamları onun azlinde tereddüt etmişlerdir. Aynı şekilde tevbe etme günleri geçtikten sonra İslâma dönmez ve her hangi bir engel sebebiyle de öldürülmeyecek olursa, müvekkilin irtidadı ile vekil azledilmiş olur. (1)

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: İster darü'l-harbe sığınsın ister darü'l-İslâmda ikametine devam etsin, vekilin irtidadı ile vekâlet batıl olmaz. Çünkü irtidat onun daha önce verilmiş olan vekâletine engel değildir. Dolayısıyla diğer küfür sebepleri gibi onun devamını da engellemez. Müvekkilin irtidat etmesi ise, tasarruf yetkisi olan hususlarda Hanbelîlere göre vekâleti batıl kılmaz. Şafiîlerce azhar görülen görüş de budur; çünkü mülkiyeti de ortadan kalkmaz. (2)

6- Vekilin kendisini azli veya vekâletin dışına çıkarması: Şayet vekil: "Kendi kendimi azlettim" veya: "Vekâleti reddettim" yahut da: "Ben bu vekaletin dışına çıktım" ve buna benzer sözler söylerse azlolur. (3) Çünkü onun bu sözleri, buna delâlet etmektedir. Sözü geçen hususlarda vekâletin sona ermesi için fakihler müvekkilin bu durumu bilmesini şart koşmuşlardır ki vekilin yaptıklarından dolayı zarar görmüş olmasın.

Malikîlerin kaydettiğine göre ücretsiz olan vekilin, müvekkilin kendi kendisini azlettiği hâller müstesna, dilediği zaman kendisini azletme yetkisi vardır.

7- Tasarrufta bulunmak üzere vekâlet verilen ayn'ın telef olması: Yine fakih-

1- *Desûkî,* III, 396.
2- *el-Muğnî,* V, 116; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 358; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 219; *Tuhfetü'l-Muhtâc,* V, 341; *el Mühezzeb,* I, 357.
3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 232; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 329.

lerin ittifakına göre [1] her hangi bir kimsenin satmak, satın almak veya icar (kiralamak) gibi bir işle birisine tasarrufta bulunmak üzere vekâlet verdiği ayn'ın telefi ile vekâlet son bulur. Çünkü böyle bir durumda aktin konusu artık ortadan kalkmış olur. Dolayısıyla telef olduktan sonra üzerinde akit yapılan şeyde tasarruf düşünülemez. Tasarrufun ihtimal hâlinde olmadığı şey üzerinde tasarrufa vekâlet vermek ise imkânsızdır. Dolayısıyla vekâlet de bu durumda ortadan kalkar.

8- Hakkında vekâlet verilen ayn'ın müvekkilin mülkünden Çıkması: Meselâ, evini satmak üzere ona vekâlet verdiği hâlde, devlet o evi müsadere ederse vekâlet de ortadan kalkar. [2]

9- İflâs: Vekâlet malının ayn'ları hakkında olması hâlinde müvekkilin iflâs etmesiyle vekâlet son bulur. Çünkü iflâs ile müvekkilin malı alacaklılarına intikal eder. [3]

10- İnkâr (Cuhud): Hanefîlerle Şafiîlere göre müvekkilin veya vekilin inkârı ile vekâlet son bulur. Çünkü inkâr vekâletin reddi ayarındadır. Hanbelîlere göre ise inkâr ile vekâlet batıl olmaz. [4]

11- Teaddi (haksızlık yapmak, haddi aşmak): Şafiîlerdeki iki görüşten birisine göre vekâlet, vekilin tasarruf için vekâlete konu olan şeyde, -meselâ bir elbiseyi satmak üzere onu vekil tayin ettiği hâlde onu giymeye kalkışması durumunda olduğu gibi- vekâletin haddini aşarsa vekâlet son bulur. Çünkü vekâlet bir emanet aktidir. Vekilin bu emanete hainlik etmesiyle batıl olur. İkinci görüşe göre ise batıl olmaz. Batıl olan şey, emanet yönüdür ve o artık bir tazminatçı durumuna döner ve tasarruf baki kalır. [5] Aynı zamanda Hanbelîlerin de görüşü olan Şafiîlerin bu ikinc görüşlerinin daha sahih olduğu kanaati bana daha üstün bir görüş gibi geliyor.

12- Fasıklık: Şafiîlerle Hanbelîlere göre fısk ile bağdaşmayan bir akitte vekilin fasıklığı ile vekâlet batıl olur. Meselâ, evlilikte icap böyledir. Çünkü o, fasıklığı ile tasarruf ehliyetinin dışına çıkmış olur. [6] Evliliğin kabulü veya satışın kabulü ise böyle değildir.

13- Boşama: Malikîlere göre koca hanımını boşadığı takdirde hanımının kendisine verdiği vekillikten de azledilmiş olur. Çünkü boşama yetkisi kocanın elindedir. Fakat koca hanımını boşamakla hanımına vermiş olduğu vekâletten azledilmiş olmaz. Ancak kocanın bundan hoşlanmadığının bilinmesi hâli bundan müstesnadır. Hanbelîler der ki: Kocası tarafından her hangi bir şey için vekâlet verilmiş bir

1- *el-fetave'l-Hindiyye,* III, 493; *el-Muğnî,* V, 116.
2- *el-Mebsût,* XIX, 50; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 232; *el-Muğnî,* V, 116.
3- *Desûkî,* III, 396; *el-Muğnî* ve *eş-Şerhu'l-Kebîr,* V, 213.
4- *Tekmiletü Reddi'l-Muhtâr,* V, 387; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 233; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 458.
5- *el-Mühezzeb,* I, 357; *Tekmiletü'l-Mecmû,* XIII, 6●0.
6- *Tekmiletü'l-Mecmû,* XIII, 566; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 457.

kadının boşamakla vekâleti batıl olmaz. [1]

14- Vaktin geçmesi: Şafiîlerle Hanbelîlere göre, -meselâ on gün süre ile- süresi belirlenmiş vekâlet, sürenin geçmesi ile son bulur. Hanefîlerce esah olan görüşe göre ise bununla vekâlet son bulmaz. [2]

İşte fakihlere göre vekâleti sona erdiren en önemli hâller bunlardır. Hanefîlere göre azl hâli dışında kalan hâllerde, vekil ister bunları bilsin isterse bilmesin, bu hallerle vekâlet son bulur.

1- *Desûkî,* III, 396; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 470.

2- *Tekmiletü Reddi'l-Muhtâr,* VII, 393; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 233; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 460.

KEFALET

Kefalet, havale ve rehin, istisak (belge ile sağlamlaştırma) akitleridir. O bakımdan bunları peşpeşe ele alacağız.

Kefaletin bir takım isimleri vardır: Kefalet, hamalet, damanet ve zeamet. Kefaleti kabul eden (iltizam eden)'e damîn, kefîl, kabîl, hamîl, zaîm ve sabîr denilir. Şafiî âlimlerinin büyüklerinden olan el-Mâverdî şöyle der: "Örfte uygulana gelen şudur: Malî konularda damîn, diyetlerde hamîl, büyük mallarda zaîm, can ile ilgili hususlarda kefîl ve bütün bunların hepsinde kefile "sabîr" denilmektedir."

1. Meşruluğu, Tarifi, Rüknü ve Lafızları

Meşruluğu: Kefalet genel olarak Kitap, sünnet ve icma ile meşru kılınmıştır.

Kitapta meşruluğunun delili yüce Allah'ın: *"Ona getirene bir deve yükü müjdelik var. Ben de buna kefilim."* (Yûsuf, 72) âyetidir. Burada geçen "za'îm" kelimesini İbni Abbas "kefil" diye açıklamıştır.

Sünnetten delil ise Peygamber (a.s.)'in *"Zaim (kefil) tazminatı öder"* buyurmuş olmasıdır. Bu hadisi Ebu Dâvud ve *hasen* olduğunu belirterek Tirmizî; *sahih* olduğunu da belirterek İbni Hibbân rivayet etmiştir. [1] Buharî'nin *Sahîh*'indeki rivayete göre: *"Peygamber (a.s.)'e namazını kılmak üzere bir cenaze getirilmiş o da: "Her hangi bir şey bıraktı mı?" diye sormuş, sahipleri: "Hayır" deyince şöyle buyurmuştur: "Bunun üzerinde borç var mı?" Bu sefer, "Evet iki dinar"* [2] denince Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: *"O hâlde arkadaşınızın namazını siz kılınız!" Bu-*

1- Bu hadis-i şerif üç sahabeden rivayet edilmiştir: Ebu Ümâme el-Bahilî, Enes b. Malik ve Abdullah b. Abbas. Bu hadisin kaynakları daha önceden gösterilmiştir. *Camiu't-Tirmizî,* Hıms baskısı, VI. 295.

2- Bu rivayetin bir lafzında da "üç dinar" denilmektedir.

nun üzerine Ebu Katâde: "Ben onları ödemeyi üzerime alıyorum" deyince Peygamber (a.s.) onun cenaze namazını kılmıştır. [1]

İcmadan delile gelince: Müslümanlar genel olarak tazminatın cevazı üzerine icma etmişlerdir. Çünkü insanların buna ihtiyaçları vardır ve ayrıca borçlunun zararını önlemek için de buna ihtiyaç vardır. [2] Ancak biraz sonra zikredeceğimiz bazı konularda ihtilâf etmişlerdir. Dikkat edilecek olursa iyi bir niyet ile kefalet, bu işi yapanın sevap kazanacağı bir itaat de olabilir. Ancak vakıada onun başlangıcı melâmet, ortası nedamet, sonu ise garamet (borcu ödemek)'tir. [3] Yani işin başında kefalet gerçekleştikten sonra kefil kendisini veya insanlar onu kınar (levmeder). Malın kendisinden istenmesi hâlinde malını telef ettiğinden dolayı pişman olur (nedâmet); bundan sonra da bu malın tazminatını öder (garamet).

Tarifi: Kefalet, Hanefîlerle Hanbelîlerin kitaplarında kaydedildiği üzere, sözlükte zammetmek (eklemek) demektir. Şafiîlerin kitaplarında ise "iltizam etmek" manasında kullanılmıştır. Hanefîlerde esah olan tarife göre ıstılahta manası şöyledir: -Mutlak olarak- zimmetin zimmete zammedilmesi (eklenmesi) demektir. Yani can, mal veya gasbedilmiş ve buna benzer *ayn*'ın istenmesinde kefilin zimmetinin medînin (borçlunun) zimmetine zammedilmesi (eklenmesi)dir. Bu durumda borç kefilin zimmetinde sabit olmaz, asilin üzerinden de düşmez. [4]

Malikîler Şafiîler ve Hanbelîler'e göre: Kefalet tazminat altına alanın zimmetinin, kendisi adına tazmin edilenin zimmetine her hangi bir hakkı veya bir borcu yerine getirmek üzere zammedilmesi (eklenmesi)dir. Bu durumda borç, ikisinin de zimmetinde sabit olur. Nitekim Hanbelî mezhebinden İbni Kudâme'nin *el-Muğnî* adlı eserinde de böyle kaydedilmektedir. [5]

Dikkat edilecek olursa borcun, asilin zimmetinde kalması ile birlikte kefilin

1- Bu hadisi Buharî, Ahmed, Neseî ve İbni Hibbân, Seleme b. el-Ekva'dan rivayet etmiştir. Ahmed ve Ebu Dâvud müstesna, *Sünen* sahipleri bu hadiseyi Ebu Katâde'den rivayet etmişler, Tirmizî *sahih* olduğunu belirtmiştir. Bu hadis hakkında Neseî ve İbni Mâce şöyle demektedir: *"Ebu Katâde: "Bu borcu ben tekeffül ediyorum dedi."* Bu ifade inşâ lafzının geçmişi ihbar ihtimalini taşımayacağı hususunda açık delildir. Aynı şekilde bu olayı Ahmed, Ebu Dâvud, Neseî, İbni Hibbân, Darekutnî ve Hâkim, Câbir b. Abdullah'tan rivayet etmişlerdir. Bu konu ile ilgili Darekutnî ile Beyhakî de Ebu Said el-Hudrî'den *zayıf* senetlerle bir hadis rivayet etmişlerdir. Yine bu konuda el-Bezzâr da bir rivayet kaydetmiş olup bunun ravileri *sahih* ravileridir. Bu ise Ebu Hureyre'den gelmektedir. Bu olayın; "borç iki dirhem, kefil de Ali b. Ebu Talib idi" şeklindeki rivayeti, İbni Hacer'in de söylediği gibi *zayıftır.* bk. *et-Telhisu'l-Habîr,* 250 vd.: *Mecmau'z-Zevâid,* IV, 127; *Sübülü's Selâm,* III, 62; *Neylü'l-Evtâr,* V, 237 vd.

2- *Sübülü's-Selâm,* III, 62; *el-Mebsût,* XIX, 160 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 198; *el-Muğnî,* IV, 534.

3- Şafiî mezhebine mensup el-Kaffâl'in arkadaşlarından birisi şöyle demektedir: "Tevrat'ta şu yazılıdır: Kefalet zemmedilmiştir. Onun başı pişmanlık, ortası kınanma, sonu ise tazminat ödemedir."

4- *Fethu'l-Kadîr,* V, 389; *el-Bedâyi,* VI, 2; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 260.

5- eş-Şerhu'l-Kebîr, III, 329; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 198; *el-Muğnî,* IV, 534.

zimmetinde sabit olması için alacaklının buna fazla bir hakkının terettüp etmesi zarurî değildir. Çünkü borç kefilin zimmetinde sabit olsa bile, alacaklının ya kefilden veya asilden sadece bir tek kıymeti tahsil etme hakkı vardır.

Yine dikkat edilecek olursa borcun birden fazla kişinin zimmetinde sabit olmasına bir mani yoktur. Çünkü borç şer'î itibarlardan itibarî bir durumdur. O bakımdan tek bir şeyin iki ayrı şeyde söz konusu olması caizdir. Ancak imkânsız olan şey, belirli bir ayn'ın aynı zamanda hakiki iki zarfda (yerde, mekânda) sabit olmasıdır.

Borcun kefilin zimmetinde sabit olmasının delili şudur: Eğer alacaklı kişi bu borcu kefile hibe edecek olursa böyle bir hibe sahihtir. Kefil ise -borcun hibe edilmesi borçludan başkasına caiz olmamakla birlikte- asile (borçluya) bu borç ile rücu eder.

Aynı şekilde alacaklının kendisinin borcu karşılığında kefilden bir şey satın alması da sahihtir. Halbuki borçludan başkasından borç karşılığı bir şey satın almak sahih olmaz.

Hanefîlerin kendi görüşlerine dair delilleri ise şudur: Borcun şer'an iki ayrı zimmette söz konusu edilmesi mümkün ise de, her mümkünün olacağına hükmetmek, zorlayıcı bir sebep olmadıkça, gerekli değildir. Burada ise zorlayıcı bir sebep yoktur. Çünkü borcun ödenmesinin sağlamlaştırılması, isteme hakkının sübutu ile gerçekleşir. Hibe ve benzerlerinin sıhhatine dair gerekçeye de şöyle cevap vermişlerdir: Onlar borcu, hak sahibinin tasarrufunu sahih kabul etmek zarureti dolayısıyla, iki ayrı borç hükmünde kabul etmişlerdir. [1]

Yine Hanefîlerin delilleri arasında şu da vardır: Mala kefalet sahih olduğu gibi nefse kefalet de sahih olur. Şu kadar var ki, burada borç söz konusu değildir. Nefse kefaletle garanti altına alınan şey kefil olunan kişinin hazır edilmesidir. Aynı şekilde borç için sahih olduğu gibi, tazmin altındaki ayn'larda da sahihtir. Kefaletin, kefalette talep hakkının sübutunu ifade edecek şekilde tarif edilmesi ise, bütün bu türleri kapsaması dolayısıyladır. Halbuki kefaletin manasını sadece borçta zimmetlerin birbirine eklenmesi manasına hasredecek olursak durum böyle olmaz; o takdirde ondan maksat, sadece mal için kefalet olur. Hülasa kefaletin "talep etme konusunda zimmetlerin birbirine bağlanması" şeklinde tarif edilmesi, kefalet türlerinin kapsamını daha genel bir şekilde ifade etmektedir. Bu türler ise malın kefaleti, can'ın kefaleti ve ayn'ların kefaletidir. Bu tarifin esah olmasının manası da işte budur.

"Borç konusunda zimmetlerin birbirine zammedilmesi (eklenmesi, ilâve edilmesi)" diye tarif edenlere gelince: Kefaletin bir türü olan mal ile kefaleti tarif etmek istemişlerdir. Diğer iki tür kefaletin de bunların talep etme yolu ile kefalet oldukları

1- Adı geçen eserler.

üzerinde ittifak edilmiştir. Buna göre Hanefîlerin tercih ettikleri tarifi sahih kabul etmeleri, sadece bu açıdan kabul edilir bir açıklamadır ki, o da; böyle bir tarifin kefaletin üç türünü daha bir kapsayıcı ve genel olarak ifade edici olmasıdır.

Kefaletin hükümlerine uygulama açısından bakılacak olursa; İbni Âbidîn şunu ortaya koymaktadır: Fakihler asilin zimmetinde kalmakla birlikte kefilin de zimmetinde borcun sabit olduğu üzerinde ittifak etmişlerdir. Bunun delili ise daha önceden görmüş olduğumuz gibi borcun hibe edilmesi ve borç karşılığında satın almanın sıhhati üzerinde ittifak edilmiş olmasıdır. Diğer taraftan, daha önceden de işaret ettiğimiz gibi, borcun iki ayrı zimmette kabul edilmesi de mümkündür. Şayet kefalet, borç olmaksızın sadece mutalebe (hakkın istenmesi) konusunda zimmetlerin birbirine eklenmesi şeklinde olsaydı, o vakit malın kefilin terikesinden alınmaması gerekirdi. Zira nefse kefil olanın ölümü hâlinde olduğu gibi, mutalebe (hakkın istenmesi) sakıt olmaktadır. Oysa Hanefîlerce açıkça ifade edilen husus şudur: Kefilin ölümü ile mal, diğer hak sahiplerine helâl olur ve onun terekesinden alınır. Bunun delili de şudur: Bir kefile bir başka kefilin kefil olduğu mal karşılığında (o kadarla) kefaleti caizdir.

Bu iki taraf arasındaki farklılığın faydası şöyle bir durumda ortaya çıkar: Kefil, üzerinde borç olmadığına dair yemin ederse, eğer: "Kefâlet borç konusunda zimmetin zimmete zammedilmesidir" diyecek olursak yeminini bozmuş olur. Ancak "kefalet, hakkın talebinde zimmetin zimmete zammedilmesidir" denecek olursa yemini bozulmuş olmaz. [1]

Rüknü: Ebu Hanife ve Muhammed'e göre kefaletin rüknü icap ve kabul, yani kefilden icap, alacaklıdan da kabuldür. [2] Ebu Yûsuf ile fakihlerin cumhuru; kefaletin rüknü sadece icaptır, kabul rükün değildir, demişlerdir.

Buna göre mal ve can ile kefalette, kefalet yalnızca kefil ile gerçekleşmektedir. Fakihlerin cumhuruna göre lehine kefalet edilen (mekfûlünleh) kişi olan alacaklının kabulü şart değildir; rızası da şart değildir. Çünkü daha önce zikredilen Ebu Katâde hadisinde kabulden söz edilmemektedir. Kefalet sadece Ebu Katâde'nin: *"Onları ödemeyi üzerime alıyorum"* demesi ile sahih olmuş ve bunun üzerine Hz. Peygamber namazını kılmıştır. Alacaklının bunu kabul ettiğine dair bir nakil yoktur. Diğer taraftan kefalet sözlükte ilâve etmek demektir. Şer'an ise asıl üzerindeki hakkın kendisinden de istenmesini kabul etmektir. Bu zam ve iltizam (eklemek ve hakkın kendisinden istenmesini kabul etmek), kefilin icabı ile tamamlanmaktadır ki, bu bir bakıma nezre (adağa) benzemektedir. [3]

Ebu Hanife ile Muhammed, kefaletin şartlarında da görüleceği üzere mekfû-

1- *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 261.
2- *Fethu'l-Kadîr,* V, 390; *el-Bedâyi,* VI, 2; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 261; *Mecmau'd-Damânât* 275.
3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 200; *el-Mühezzeb,* I, 340; *el-Muğni,* V, 535.

lün leh (kendisi adına kefalet yapılan)in rızası şarttır; derler.

Mekfûlünanh (namına kefâlet yapılan)ın yani asilin rızası ise, ilim adamlarının ittifakıyla şart değildir. Çünkü izni olmaksızın başkasının borcunu ödemek caizdir. Onu ödemeyi üzerine almak (iltizam) daha caizdir. Diğer taraftan ölü adına teminat vermek (ve tazminat ödemek) Ebu Hanife müstesna, ittifakla sahih kabul edilmiştir. İsterse borcuna karşılık ödeme yapılacak bir şey bırakmamış, yani müflis olmuş olsun. Kefaletin veya damânın cumhura göre rükünleri ise [1] dört tanedir: *Dâmin* (malında tasarruf etmesi caiz olan her kişidir; buna göre küçüğün ve sefihin damânı caiz değildir); *madmûn* (kendisinde niyabetin sahih olduğu her türlü haktır, bu da ya borç olur veya tazminat altına alınan bir ayn olur ve mallarda söz konusudur, had ve kısaslarda söz konusu değildir. Çünkü bunlarda niyabet sahih olmaz); *madmûnunanh* (hayatta veya ölü olsun, kendisinden belirli bir mal talep edilen herkes) ve *siga (icap).* Şafiîler beşinci bir rükün daha eklemişlerdir ki, o da; *madmûnunleh* (alacaklı, lehine teminat verilen kişi)dir.

Lafızları: Kefalet akti muayyen bir siga ile gerçekleşir. Hanefîlerle Şafiîlere göre örf veya âdete göre uhdesine aldığını gösteren açık veya kinaye yollu her türlü lafızdır. [2]

Açık lafız kefilin şu lafızlardan birisini söylemesidir:

"Tekeffül ettim, teminatım altına aldım, onun üzerindekinin tazminatı bana ait olsun, ben onun zaîmiyim, kabîliyim, (borcunu ödemek) bana aittir veya benim üzerimedir, senin bende alacağın olsun, senin lehine ben bunu kabul ediyorum, bunu ödemeyi üzerime ben alıyorum, bunun karşılığını vermeyi ben üzerime alıyorum, onu bana bırak" lafızlarından birisini söylemesidir.

Kinaye ise kişinin: "Filânı bırak, onun üzerindeki borç benim yanımdadır, filânın borcu benim borcumdur, filânı damânıma alıyorum, filânın damânı üzerime olsun" sözlerinden birisini söylemesidir. Şayet bu sözleri söylerken mal veya bedeni kastederse, kefalet lâzım olur; değilse lağv (boş söz) olur. Şayet "filânın benim yanımda şu kadarı vardır" diyecek olursa, bunun hem vedia olması hem de zimmetinde alacak olması ihtimali vardır. Çünkü "yanında" kelimesi yakınlık ve yanında hazır bulunma manasını ifade eder. Sözü geçen iki hususta da bu mana vardır. O bakımdan böyle bir lafzı mutlak olarak kullanacak olursa onun elinde vedia olma ihtimali de vardır. Borç karinesi olduğu takdirde zimmette olana yani; "benim zimmetimde" manasına hamledilir. Çünkü borç hakkında zimmet ihtimalinden başkası yoktur.

Kefalet; *"kefâle bi'n-nefs"* ve *"kefâle bi'l-mal* (cana kefalet, mala kefalet)" ol-

1- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 325; *Muğni'l-Muhtac,* II, 198; *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 104.
2- *Fethu'l-Kadîr,* V, 292; *el-Bedâyi,* a.y.; *ed-Dürru'l-Muhtâr,* IV, 264; *Mecmau'd-Damânât,* 265 *Muğni'l-Muhtâc,* II, 206; *Haşiyetü'l-Kalyûbî,* II, 330.

mak üzere iki türlüdür.

Kefâle bi'n-nefs: "Filânın nefsini, rakabesini, canını, cesedini, başını veya bedenini tekeffül ettim" demesi ile kefalet akti gerçekleştiği gibi; "onun yarısını, üçte birini" veya "onun bir parçasını tekeffül ettim" demekle de gerçekleşir. Çünkü fıkhî kaide şu şekildedir: "Parçalanamayan şeylerin bir kısmını zikretmek, tümünü zikretmek gibidir." Dolayısıyla onun tümüne kefil olur. Çünkü nefs parçalanma kabul etmeyen şeylerdendir. [1] Ancak: "Filanın eline veya ayağına kefilim" demesi hâlinde de kefâlet akti gerçekleşir.

"Üzerime olsun, ben onun zaîmiyim, onun kabîliyim" demesi hâli de böyledir. Ancak "ben onun bilgisine kefilim" sözü böyle değildir.

Kefalet rüknünün hâlleri:

Kefalet üzere ittifak ya mutlak olur veya bir vasıf ile kayıtlı ya bir şarta bağlı olur ya da bir vakte izafe edilerek yapılır. [2]

a) Şayet kefalet mutlak olursa, ileride belirteceğimiz şartlarla caiz olur; ancak bu, borcun niteliği ile mukayyet (kayıtlı) olur. Yani eğer hemen ödenmesi gereken bir borç ise kefalet de bunu gerektirir. Eğer borç müeccel (belirli bir vade ile) olursa kefalet de müeccel olur.

b) Şayet kefalet mukayyet olursa ya tecil niteliği ile kayıtlı olur ya da hulûl (vadenin gelmesi) kaydı ile kayıtlı olur. Eğer bir sene veya bir ay gibi bilinen bir süre ile ertelenmişse caizdir. Kefaletin süresinin de borç süresi kadar veya ondan fazla ya da ondan daha kısa bir süre olması caizdir. Çünkü borcun istenmesi, alacaklı olan mekfûlünleh (lehine kefâlet edilen)in hakkıdır. O, kefil ve borçlu ile birlikte dilediği şekilde ittifak edebilir.

Eğer borcun vadesi gelmişse kefalette bir tecil (erteleme) caizdir. Bu durumda Hanefîlerdeki zahir rivayete göre borçlunun kendisi de bu tecilden istifade eder. Çünkü tecil aktin kendisinde olduğu vakit bu ecel (süre) borcun da niteliği olur. Borç ise birdir. Ancak bu tecil, aktin gerçekleşmesinden sonra olursa o takdirde bu, yalnızca kefil hakkında söz konusu olur. Eğer bu tecil asil için yapılıyor ise, o vakit kefil de bu süreden istifade eder. Kefil bu ertelemeyi yapacak olursa, ertelenen bu süreden asil istifade etmez. Çünkü maksat, mutalebe (hakkı isteme)nin tehir edilmesidir, hakkın iskat edilmesi değildir.

Şayet kefalet bir sene ile müeccel (süresi belirlenmiş) ise sene bitmeden önce

1- Buna misal: Bir kimse hanımını -mesela- yarım veya dörtte bir talak ile boşasa, ricî ve tam bir talak ile boş olur. Çünkü talak malî kefaletin hilafına parçalanma kabul etmez. Malî kefalette bir kişi yarısı veya dörtte biri gibi borcun bir kısmına kefil olsa, bundan fazlasına kefil olmuş olmaz. Çünkü borç bölünmeyi kabul eder.

2- Geniş bilgi için bk. *el-Bedâyi,* VI, 3; *Fethu'l-Kadîr,* V, 404, 415.

de asil ölecek olursa, asilin malında borç hulûl eder (vadesi gelir). kefilin süresi ise devam eder kalır. Aynı şekilde kefil ölecek olursa, borç onun malında hulûl eder (vadesi gelmiş kabul edilir) ve asile tanınan süre de aslı üzere kalır.

Hanefî, Malikî ve Şafiîlerin (1) görüşü budur. Çünkü Hanefîlere göre ölüm, -hakların ödenmesi zarureti ile hayatı hâlinde her hangi bir sebebi bulunan hükümlerin sübutunun gerektirdiği miktar bundan müstesna olmak üzere- insanın zimmetini ortadan kaldırır ve ehliyetini iptal eder.

Hanbelîlerin ise iki rivayeti vardır: İbni Kudâme, ölüm ile borcun vadesinin gelmeyeceği görüşünü tercih etmiştir. Çünkü borcun süresi belli (müeccel)dir. Bu süre gelmeden önce istemek caiz olmaz ölmeden önceki durum devam eder. (2)

Eğer bu tecil (erteleme) bilinmeyen bir vakte yapılmış ise, Hanefî, Hanbelî ve Malikîlere göre, bu süre insanlar arasında hasat vakti, nevruz ve buna benzer bilinen bir süre ise, kefalet caiz olur. Çünkü böyle bir bilgisizlik ileri derecede bir cehalet değildir, kefalet bu kadarcık bilgisizliği kaldırır. Şafiî ise şöyle demektedir: Kefaletin bu gibi vakitlere ertelenmesi caiz değildir; çünkü bunlar belli olmayan sürelerdir. (3)

Şayet tayin edilen süre insanlar arasında bilinmeyen bir süre ise; yağmurun yağması, rüzgârın esmesi gibi süreler olursa, bu süre tayini batıldır, kefalet sahihtir. Çünkü bu kadar belirsizlik fahiş derecede bir belirsizliktir. Kefalet bu kadar belirsizliği kaldırmaz. O bakımdan böyle bir erteleme sahih olmaz, batıl olur. Bu hüküm, kefaletin müeccel olması hâlinde söz konusudur.

Şayet kefalet hâllen yani bir şeyin acil olarak ödenmesi için olursa -borcun ister vadesi gelmiş olsun, ister müeccel olsun- alacaklının kefilin aleyhine vaktinin gelmiş olması şartını koşma hakkı vardır. Eğer kefil kefaleti kabul ederse bundan sonra alacaklının ona süre tanıması (tecil etmesi) sahih olur ve bu erteleme ona has olur.

Genel olarak dört mezhepte de vakti gelmiş borcun belirli bir süre için tazminat altına alınması caizdir. Aynı şekilde vadeli (müeccel) borcun acil olarak tazminatı da caizdir. Çünkü tazminatta bulunmak bir teberrudur ve ihtiyaç da bunu gerektirebilir. O bakımdan tazmin edenin kabul ettiği şekilde sahih olur. (4)

Nefs ile kefalete gelince: Bir kişi, herhangi bir kişiye bir ay veya üç gün ve bu-

---

1- *el-Bedâyi,* a.y.; *el-Mebsût,* XX, 28; *Muhtasaru't-Tahâvî,* 105, *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 337; *Muğni'l Muhtâc,* II, 208.

2- *el-Muğnî,* V, 545.

3- *el-Muğnî,* V, 560; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 207; *el-Mebsût,* XIX, 172; *Mecmau'd-Damânât,* 273; *el-Ferâidü'l-Behiyye fi'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye,* 142.

4- *el-Bedâyi,* a.y.; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 331; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* III, 416; *Muğni'l-Muhtâc,* II 207.

na benzer süre kefil olsa caizdir. Ancak kefilden, üzerinde ittifak edilen bu sürenin geçmesinden sonra, canına kefil olduğu kimsenin teslimi istenir. Hemen teslim etmesi istenmez. Zahir rivayete göre hüküm böyledir.

Ebu Yûsuf'a göre, hemen teslimi istenir. Süre geçecek olursa kefilin sorumluluğu düşer. Aynı zamanda bu, el-Hasen b. Ziyâd'ın da görüşüdür. Kâdı Nesefî şöyle der: "Ebu Yûsuf'un sözü insanların örfüne daha yakındır. Bazı âlimler buna göre fetva verirdi." [1]

c) Kefalet bir şarta muallak (bağlı) olursa:

Hanefîlere göre: Eğer bu şart aktin gereğine uygun ise caiz olur. Şart hakkın vacip olması için bir sebep ise böyledir. Böyle bir akitte kefil meselâ şöyle der: "Eğer mebî istihkak edilirse onun kefili ben olurum." Veya bu şart, istifanın imkânı (yani hakkı kolayca almak) için olursa caiz olur. "Mekfulünanh kendisine kefil olunan) Zeyd geldiği takdirde ben onun kefili olurum" demek gibi istifanın imkânsızlığı yahut da zorluğu sebebiyle bu şart koşulmuşsa; meselâ: "Zeyd bu beldeden giderse ben kefilim" demesi de böyledir.

Bu gibi hâllerin dışında kalan, meselâ rüzgârın esmesi, yağmurun yağması, Zeyd'in eve girmesi gibi hâllere "yağmur yağarsa" vb. sözlerle bağlayıp: "Ben kefilim" demesi hâlinde kefalet derhal sabit olur, tayin edilen süre ise batıl olur. [2] Hülâsa; kefalet iki türü ile bilinen şarta bağlanması hâlinde sahihtir. Bilinen şart kişinin kefaleti, hakkın sebebi olan şeye veya teslimin mümkün olmasını sağlayan sebebe bağlamasıdır. Rüzgârın esmesi gibi şeylere bağlamak ise bilinen bir şart değildir.

Şafiîlere göre: Esah olan, kefaletin: "Ay başı geldiğinde filânın üzerinde olan hakkın tazminatını ben ödeyeceğim" veya "Onun bedenini tekeffül ederim" gibi bir şarta bağlanmasının caiz olmadığıdır. [3]

Mala kefaletin şahsa kefaletin yerine getirilmemesine bağlanması:

Bir kişi bir başkasının nefsine kefil olup: "Yarın ben onu getirmezsem onun üzerindekini ödemeyi üzerime alıyorum" dese ve onu getirmese yahut da kefil olunan ölse, Hanefîlere göre kefilin malı ödemesi lâzımdır. Çünkü burada birisi can ile diğeri mal ile olmak üzere iki tür kefalet vardır. Bütün mesele şundan ibarettir: O mutlak olarak şahsına kefil olmuş ve mal ile kefaleti şahsını getirmemek şartına bağlamıştır. Eğer borçlu iddiayı ikrar eder veya delil ile sabit olup hâkim de buna hükmederse, böyle bir talîk sahih olur. [4] Şafiîler ise, malı tazminat olarak ödemez,

---

1- *Mecmau'd-Damânât,* 266.

2- *Fethu'l-Kadîr,* V, 414; *el-Bedâyi,* VI, 4; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 277; *Mecmau'd-Damânât,* 273; *el-Ferâidü'l-Behiyye fi'l-Kavaidi'l-Fıkhıyye,*142.

3- *Nihâyetü'l-Muhtâc,* III, 415; *el-Mühezzeb,* I, 341; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 207.

4- *el-Bedâyi,* VI, 4 vd.; *Fethu'l-Kadîr,* V, 396; *el-Mebsût,* XIX, 176; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 269 *Mecmau'd-Damânât,* 266 vd.

demişlerdir. [1] Hanefîler bu konuya yakın başka bir takım fer'î hükümler de zikretmişlerdir.

Meselâ, bir kimse birisinin zâtına kefil olup: "Ben onu yarın sana getirmesem bin lira borcum olsun" dese ve: "Onun üzerindeki bin lira" veya "iddia ettiğin bin lira" demese ve kendisinden bu meblağ istenen kişi bunu inkâr etse, Ebu Hanîfe ile Ebu Yusuf'a göre, o malı kefilin ödemesi gerekir. Muhammed'e göre ise gerekmez. Muhammed'in görüşü şöyle açıklanır: Bu, ihtimale bağlı bir mal vacip kılmadır, çünkü burada ödenmesi lazım gelen borca isnat edilmiş bir şey yoktur, malın vacib olması ise ihtimale bağlanamaz. Mala kefil olmaya gelince, o zaten sabittir, ihtimale bağlanabilir.

Ebu Hanîfe ile Yûsuf'un görüşü de şöyle izah edilir: Mutlak olarak zikredilen "bin lira" bilinen ve uhdede bulunan "bin lira" için kabul edilir ki, bu da teminat altına alınan bin liradır.

Bir kimseye mal ile kefil olur ve lehine kefalet edilene: "Yarın onu sana getirecek olursam sorumluluğu biter" derse ve yarın olduğunda onu getirirse bir rivayete göre o malı ödemekten kurtulur. Çünkü bu, ödemeden kurtulmanın onu getirme şartına taliki değildir. Aksine onu getirmeyi mal ile kefaletin nihaî vakti olarak tayin etmektir. Bazen şart aradaki ilişki dolayısıyla nihaî zaman anlamında da zikredilebilir. Racih olan diğer rivayete göre o malı ödemekten beri olamaz. Çünkü: "Yarın onu sana getirecek olursam ben sorumluluktan beriyim" demesi, maldan beri olmayı onu getirme şartına bağlamaktadır. Beraat ise şarta talik ihtimalini taşımaz. Çünkü bunda bir çeşit temlik manası vardır. Temliklerde ise şarta talik sahih olmaz. [2]

d) Şayet kefalet istikbaldeki bir zamana izafe edilmişse; Hanefîlere göre caizdir. Bir kişinin bir başkasına filânın borcuna kefil olduğunu bildirmesi veya malından harcayacağına ya da ondan gasbedeceğine yahut da onunla alışveriş yapması hâlinde sattığının kıymetine kefil olması gibi. Bu gibi kefaletler sahihtir, çünkü tazminat sebebine izafe edilmişlerdir.

2. Kefaletin Şartları

Kefalette kefile, asile, mekfulunleh'e (alacaklıya), mekfulün bih'e (kefaletle yerine getirilmesi taahhüt edilene) ait bir takım şartlar vardır. Borçlu üzerinde bulunan malın, kendisinden istenmesi söz konusu olan kişi kefildir. Borçlu kişi ise, mekfûlün anh'dir. Ona asil de denilir; alacaklı olan müddeî, mekfûlün leh'dir. Kefaletin mahalli (konusu) ise, kefil olunan mal veya candır ki, bu da mekfulünbih'dir.

1- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 25 vd.

2- *el-Bedâyi*, a.y.; *el-Mebsût*, XIX, 178.

Kefilin şartları:

Hanefî fakihleri ve diğerleri kefilde iki şart aramışlardır: [1]

1- Akıl ve bülûğ ehliyeti: Küçüğün ve delinin kefalet akti gerçekleşmez. Çünkü kefalet malı ödemeyi üzerine almak suretiyle bir teberru aktidir. Teberru yetkisi olmayan kimseler bu akti yapamazlar. Bu şart üzerinde ittifak edilmiştir. Şafiîler tarafından rüşt, yani borç ve mal selahiyeti diye ifade edilir. Çünkü kefalet malî bir tasarruf olup deli, küçük veya sefihlik sebebiyle hacir altında olan kişilerin bu akitleri sahih olmaz; çünkü bunlarda rüşt yoktur.

2- Hürriyet: Bu, tasarrufun geçerli olmasının şartıdır. Kölenin kefaleti caiz olmaz. Çünkü kefalet bir teberrudur. Köle ise efendisinin izni olmaksızın teberru imkânına sahip olamaz. Yapılırsa kefalet akti gerçekleşir, ancak köleden aktin gereğini yerine getirmesi hürriyete kavuşturulmasından sonra istenir.

Asilin (kendisine kefil olunanın) şartları:

Asilde de aynı şekilde iki şart aranır. [2]

1- Kefil olunan şeyi ya bizzat veya vekili vasıtasıyla teslime kadir olması. Bu sadece Ebu Hanife'ye göre şarttır. Ona göre müflis olarak ölmüş ve borcunu ödeyecek terekesi de bulunmayan bir ölünün borcuna kefil olmak sahih değildir. Çünkü böyle bir borç zaten sakıttır. Dolayısıyla bu borcun tazminatı da sahih olmaz; ibra ile sakıt olması hâlinde olduğu gibi. Diğer taraftan ölünün zimmeti ölümle ortadan kalkmış olur; bu zimmette de borç kalmaz. Damân (kefâlet) ise borcu talep etme hususunda zimmetin zimmete ilâve edilmesidir.

Ebu Yusuf, Muhammed ve fakihlerin cumhuru ise şöyle demektedir: [3] Müflis ölünün borcunu tazmin etmek sahihtir. Bunun delili ise daha önce zikredilen Ebu Katâde hadisidir. O, borcunu ödemek üzere hiç bir şey bırakmamış bir ölünün borcunu ödemeyi üzerine almıştır. Peygamber (a.s.) de ashab-ı kiramı Ebu Katâde hadisinde: *"Biriniz kalkıp onun borcunu ödese ya!"* diyerek ölünün borcunu teminatı altına almaya teşvik etmiştir. Diğer taraftan ölünün üzerindeki borç, sabit bir borçtur. Dolayısıyla borcunu ödemeyi geciktirmesi hâlinde olduğu gibi, tazminatı da sahih olur. Böyle bir borcun sübutunun delili ise şudur: Bir kişi kalkıp teberru yoluyla o borcu ödemeyi üzerine alırsa, alacaklı kimsenin de onu tahsil etmesi caiz olur. Hayatta iken onu taahhüt edip sonra da ölecek olursa, bu taahhütte bulunan (zamin)ın zimmeti beri (ibrâ) olmaz. İşte bu da kendisine vekil olunanın (asilin) zimmetinin berî olmadığının delilleri arasındadır.

1- *el-Bedâyi,* VI, 5 vd.; *el-Mebsût,* XX, 8; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 262; *el-Kitab ma'a'l-Lübab,* II 169; *el-Kavânîü'l-Fıkhıyye,* 325; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 198; *Gâyetü'l-Müntehâ* II, 103.

2- *el-Bedâyi,* VI, 6; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 262, 278; *Fethu'l-Kadîr,* V, 419.

3- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 294; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 331; *el-Mühezzeb,* I, 339; *el-Muğnî,* IV 537.

2- *Asilin kefil tarafından tanınması:* Kefil: "Her hangi bir insan üzerindeki hakkı tekeffül ediyorum" diyecek olsa böyle bir kefalet sahih olmaz. Çünkü insanların örfünde öyle bir şey yoktur. Diğer taraftan böyle bir şartın koşulması, kefil olunan kimsenin tanınması içindir: O varlıklı veya hemen borcunu ödeyebilecek bir kimse midir yoksa kendisine iyilik yapılmaya lâyık birisi midir, değil midir, bu açıdan tanınmalıdır. Diğer taraftan asilin hazır olması şartı yoktur. Dolayısıyla gaip veya tutuklu bir kimseye kefalet caizdir. Çünkü çoğu hâllerde kefalete ihtiyaç bu gibi durumlarda ortaya çıkar. (1)

Şafiîler'e göre: Esah olan, kefil olunan kimsenin -rızasına kıyasla- tanınmasının şart olmadığıdır. Buna göre rızası şart değildir. Diğer taraftan ister lâyık olan kimselere yapılmış olsun, ister lâyık olmayanlara yapılmış olsun iyilik, iyiliktir. (2)

Mekfûlünleh'in (alacaklının) şartları:

Mekfûlünleh olan alacaklıda bir takım şartlar aranır: (3)

1- *Malûm olması:* Bir kimse insanlardan her hangi birisine kefil olsa böyle bir kefalet caiz olmaz. Çünkü mekfûlünleh bilinmeyen bir kimse olursa kefaletten gözetilen maksat olan tevessuk (güven sağlamak) gerçekleşmez. Şafiîlerce esah olan görüşe göre, onlar da bu şartı uygun görmektedir. Çünkü borcu alacak hak sahipleri genel olarak borcu alırken zorluk çıkarma veya kolaylık sağlamak bakımından farklıdırlar. (4)

Malikîler ile Hanbelîler ise, mekfûlünleh'in bilinmemesi ile birlikte kefaleti caiz kabul etmişlerdir. Meselâ, bir kimsenin "Ben Zeyd'in insanların üzerindeki borçlarının kefiliyim" demesi hâlinde olduğu gibi. Buna da yüce Allah'ın şu buyruğunu delil getirmektedirler: *"Hükümdarın su kabını kaybettik. Onu getirene bir deve yükü var. Ben de buna kefilim" dediler.* (Yûsuf, 72). Çünkü burada bu şekilde seslenen kişi, malikin kendisi değildi. Hz. Yusuf'un vekili idi. Bu ölçeği getiren kimseye bir deve yükü ödeme şartını Hz. Yûsuf'un üzerine koşmuş ve Hz. Yûsuf adına da bunu kendisi yüklenmiştir. (5)

2- *Mekfûlünlehin akit meclisinde hazır olması:* Şayet mecliste kefaleti kabul edecek mekfulünlehin vekili bulunmuyor ise, Ebu Hanife ile Muhammed'e göre kefalet akdi için bu bir şarttır. Bir kimse mecliste bulunmayan bir kimsenin lehine kefil olsa, bu haber de o kişiye ulaşsa ve bu kefâleti kabul etse, mecliste hazır olan bir kimse onun adına bu kefâleti kabul etmedikçe Ebu Hanife ile Muhammed'e gö-

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 294; *el-Bedâyi',* VI, 6; *Muğni'l Muhtâc,* III, 204.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 200.
3- *el-Bedâyi',* VI, 6 vd.; *Fethu'l-Kadîr,* V, 417; *el-Mebsût,* XX, *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 280.
4- *Muğni'l-Muhtâc,* a.y.
5- *Ahkâmu'l-Kur'ân* (İbnü'l-Arabî), III, 1085; *el-Muğnî,* V, 535 vd.

re, kendisi kabul etse dahi, bu kefalet geçerli değildir. Delilleri şudur: Kefalette temlik manası vardır. Temlik ise ancak icap ve kabul ile meydana gelir. Akit sigasının tamamlanması için, bunun bulunması kaçınılmazdır. Ebu Yûsuf'tan ise iki rivayet gelmiştir:Sonraki rivayete göre gaib adına kefalet caizdir. Çünkü kefaletin manası zimmetleri eklemektir. İltizam (kefalet ile üzerine almak) ise kefilin icabı ile şart olur. Dolayısıyla sadece onun icabı aktin tamamlanması için yeterlidir.

3- Mekfûlünlehin akıl sahibi olması: Bu daha önce gördüğümüz Ebu Hanife ile Muhammed'in kabul ettiği şarttan çıkan bir şarttır. Delinin ve mümeyyiz olmayan küçüğün kabulü sahih olmaz. Çünkü bunlar akitte bir rükün olması itibarıyla böyle bir kabulün kendilerinden sadır olmasına ehil kimseler değildir.

Mekfûlünbih'in şartları:

Mekfûlünbih'te de üç şart aranır: [1]

1- Mekfûlünbih'in asil üzerine madmun (tazmin edilmesi gerekli) olması. Borç, ayn, nefs veya fiil olması arasında Hanefîlere göre bir fark yoktur. Ancak ayn'ın bizatihi madmun olması şartı aranır; [2] gasbedilmiş mal, fasit alışverişle kabzedilmiş mal, satın almak maksadı ile kabzedilmiş mal gibi.

Vedîalar ve şirket mallarında olduğu gibi teslimi vacip olmayan bir emanet; ariyet, kiracının elinde bulunan müsteccr (kiraya verilmiş) gibi teslimi vacip olan emanet; kabzdan önce satılmış ve rehin gibi başkası vasıtası ile madmun olan aynlara gelince: Bunlarda kefalet sahih değildir. Çünkü emanet olan ayn, madmun değildir. Diğer taraftan başkası ile madmun olan bizatihi madmun değildir. Kabzdan önce mal telef olursa, satanın üzerine herhangi bir şey vacip olmaz. Ancak müşteriden de semeni sakıt olur. Rehin telef olacak olursa, mürtehin (rehin alan) üzerine bir şey vacip olmaz, fakat rehine verenin üzerinden rehnedilen miktarında borçtan düşülür.

Mekfûlunbih olan fiilden maksat ise, satılan malın ve rehnin teslim edilmesi kefaletinde olduğu gibi, teslim fiilinin yapılmasıdır. Fiil ile kefalet de sahihtir. Çünkü teslim onu üzerine alan tarafından madmundur. Meselâ, satılan malın teslim edilmesi, satan kişinin üzerine madmundur (onun garantisi altındadır, mislini veya kıymetini ödeyecektir); rehinin teslimi ise borcun ödenmesinden sonra genel olarak mürtehin (rehin alan) üzerine madmundur.

1- *el-Bedâyi',* VI, 7; *Fethu'l-Kadîr,* V, 402 vd.; *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 264, 281; *Mecmau'd-Damânât* 271.

2- *Ayn',* emanet ve madmun olmak üzere iki türlüdür. Emanet, vedia, şirket malları, müdarebe, ariyet ve ecîrin elinde bulunan kiralık şey gibi mallardır. *Madmun* ise ya gasbedilmiş vb. mallar gibi bizatihi madmûndur yahut da satılan malın kabzedilmeden önceki durumu gibi bigayrihi (başkası sebebi ile) madmundur. Satılan böyle bir mal, semen (kıymet) ile madmundur. Rehin ise borç ile madmundur.

Can İle Kefalet (Kefâle bi'n-nefs):

Buna göre üzerinde başkasının hakkı bulunan kimsenin nefsine kefil olmak sahih olur. Çünkü can ile kefalet [1] fiil ile kefalet demektir. Bu da o şahsın teslimi demektir. Teslim fiili ise asilin üzerine madmun bir fiildir. O bakımdan bu konuda kefalet caizdir.

Mal sebebi ile ise nefse kefil olmayı aralarında dört mezhep imamının da bulunduğu fakihlerin cumhuru caiz görmüşlerdir. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Etrafınızın kuşatılması hariç onu bana kesin olarak getireceğinize dair Allah'tan bana sağlam bir taahhüt vermediğiniz sürece onu sizinle beraber asla göndermem, dedi."*(Yûsuf, 66)

Diğer taraftan Peygamber (a.s.) de: *"Zaim (kefil) ödeyicidir."* buyurmuştur. İşte bu da kefaletin iki türünü de kapsamaktadır. Diğer taraftan akit gereği teslim edilmesi vacip olan şeyin kefalet akti ile teslimi vacip olur; malda olduğu gibi. Çünkü kefil onu arayan kimselere yerini bildirmek suretiyle asilin teslimine kadirdir. Böylelikle asil ile onu arayanı başbaşa bırakabilir ya da teslim konusunda hakimin yardımcılarının da yardımını alarak bunu yapabilir. İmam Şafiî'nin: "Beden kefaleti zayıftır" şeklindeki sözüyle ise kıyas bakımından bunun zayıf olduğu anlatılmak istenmiştir. Çünkü hür olan bir kimse el altına girmez ve onun teslim edilmesine de kadir olunamaz. [2] Hanefî kitaplarında kaydedilenin hilâfına Şafiî mezhebinin tahkiki bu şekildedir.

Bununla birlikte Şafiîler şöyle demektedir: Mezhepte makbul olan görüş, üzerinde başkasına ait mal bulunan veya bir insan için kısas ve kazif haddi gibi ceza bulunan kimse için, can veya bedel ile kefaletin sahih olduğu şeklindedir. Yine mezhepte kabul edilen görüşe göre, yüce Allah'a ait şarap, zina ve hırsızlık cezaları gibi hadlerde böyle bir kefalet kabul edilmez. Çünkü bu gibi hadlerin bertaraf edilmesi için mümkün olduğunca çalışılır.

Hanbelîlere göre: İster Allah'a ait bir hak olan zina ve hırsızlık gibi bir had olsun, isterse de kazif ve kısas gibi insana ait bulunan bir had olsun, üzerinde had bulunan kimseye can ile kefalet sahih olmaz.

Can ile kefalete dair diğer bazı hükümler: Asil, kefalette hakkında kefil olunanın (mefûlünbih) belirli bir vakitte teslim edilmesini şart koşarsa o vakitte ondan istemesi hâlinde, kefilin mekfûlünbihi hazır etmesi, kabul ettiği bu şartı yerine getirebilmesi için gereklidir; bir süre ertelenen müeccel borcun vaktinin gelmesi hâlinde

1- Nefs ile veya beden ile kefalete aynı şekilde" kefâletu'l vech" de denilir. Böyle bir kefalet, kefil olunanın, lehine kefalet edilenin huzuruna getirilmesini kabul etmektir. Çünkü böyle bir kefalete ihtiyaç vardır.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 344; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 291; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 203; *el-Mühezzeb,* I, 342; *el-Muğnî,* IV, 556; *el-Mebsût,* XIX, 162; *el-Bedâyi',* VI, 8; *Fethu'l-Kadîr,* V, 391; *el-Kitâl Ma'al-Lübâb,* II, 153; *Keşşâfu'l-Kına',* III, 362.

olduğu gibi. Bu vakitte borcu getirirse mesele yoktur, getiremeyecek olursa hâkim onu üzerindeki bir hakkın ifa edilmesini kabul etmediğinden dolayı hapseder. Mekfûlünlehin mekfûlunanh'ı muhakeme edebileceği şehir hükmünde bir yere getirip teslim ederse kefil kefaletten kurtulur. Çünkü üzerine aldığı kefaleti yerine getirmiştir. Şayet hakimin meclisinde teslim etmeyi tekeffül edip onu çarşıda teslim ederse yine kefaletten kurtulur. Çünkü maksat davalaşmanın imkânı ve hakkın ispat edilmesidir. Bu da çarşıda onu teslim etmesi hâlinde de gerçekleşmiş olur; çünkü onun hakimin huzuruna getirilmesi için insanlar da ona yardımcı olurlar.

2- Aktin bir anlam ifade edebilmesi için, mekfûlünbih'in kefilden alınabilir olması. Bu şart ulemanın cumhuruna göre malî konularda söz konusudur. Buna göre kefilden bunların istifa edilmesine (alınmasına) imkân olmadığı için, hudud ve kısasta kefalet caiz olmaz. (Çünkü ukubatta, yani cezalarda vekâlet cari değildir.) Böyle bir durumda kefalet beklenen faydayı gerçekleştirmez. Hanefî, Malikî ve Hanbelîlerin görüşü budur. [1] Delilleri ise Peygamber (a.s.)'in söylediği rivayet edilen *"Hiç bir hadde kefalet olmaz"* [2] buyruğudur. Diğer taraftan kefalet, işi sağ lama bağlamaktır. Hadlerin esası ise, şüphelerle bertaraf edilmeleri ve düşürülmeleridir. İstisak (sağlama bağlamak) bunlara uygun düşmez. Çünkü mekfulünbih'in huzura getirilmesine imkân olmadığı takdirde, hakkın kefilden istifa edilmesi caiz olmaz.

Dikkat edilecek olursa had ve kısaslarda kefaletin caiz olmamasının manası, kefalet vermeye cebretmenin (zorlamanın) caiz olmaması demektir. Şayet kısas ve kul hakkının bulunduğu had olan kazif haddi ile hırsızlık haddi hâlinde müddea aleyh (davalı), müsaade eder ve kefalet vermek suretiyle teberruda bulunursa nefis ile kefalet caiz olur. Çünkü bu asıl üzerinde bulunan madmun bir şeyin kefaletidir ve bu kefilden alınabilir. O bakımdan üzerinde borç bulunanın kendisini teslim etmek kefaletinde olduğu gibi sahih olur.

Kendisine kısas veya had cezasını gerektiren bir suç isnat edilen kişi -müddea aleyh- kendi isteği ile kefil bırakmayacak olursa Ebu Hanife'ye göre davasını isbat etmek için kendisini mahkeme huzuruna çıkaracak bir kefil bırakmaya mecbur edilmez. Çünkü önceden de bildiğimiz gibi kefalet ile hudud (cezalar) arasında pek uygunluk yoktur. Böyle bir durumda hakim, aleyhine delil getirilinceye veya had ona uygulanıncaya kadar onu hapseder. Ebu Yusuf ile Muhammed der ki: "Kısas ve kazif haddinde müddea aleyh (davalı) nefse kefil olacak birisini takdim etmeye zorlanır; çünkü bunlarda kul hakkı vardır."

1- *el-Bedâyi',* a.y. *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 346; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 293; *el-Muğnî,* IV, 557 *Fethu'l-Kadîr,* V, 399; *Mecmau'd-Damânât,* 272; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb,* II, 157 vd.

2- Beyhakî *zayıf* bir isnat ile rivayet etmiş ve şöyle demiştir: Bu hadisin Amr b. Şuayb'dan, babasından, dedesinden gelen rivayeti münkerdir. Ayrıca İbni Adiyy bunu *el-Kâmil*'de rivayet etmiş olup Ebu Ömer el-Külâî'nin hadisleri münker olduğundan bu rivayeti de *illetli* kabul etmiştir. *Sübülü's-Selâm,* III, 63; *Nasbu'r-Râye,* IV, 59.

Özet olarak kendisine had icap eden kişinin kendisi olmaksızın bizzat had veya kısas için kefalet caiz olmaz. Zira had bir cezadır. Bunda vekâlet cereyan etmez. Şayet üzerine haddin bulunduğu kişinin nefsine kefil olunursa kefalet sahih olur.

Şafiîlere göre: Mezhepte kabul edilen görüş şudur: Şarap, zina, hırsızlık gibi, sırf Allah'ın hakkı olan hadlerde nefis veya beden kefaleti caiz değildir. Çünkü bu gibi hadlerin mümkün olduğunca bertaraf edilmesine çalışılır. Kısas, kazif haddi ve tazir gibi bir insanın halis hakkı olan hadlerde, nefis teslimi için kefalet caizdir. Çünkü bunlar bir insanın hakkıdır; o bakımdan insanların diğer malî haklarında olduğu gibi burada da kefalet sahih olur. (1)

Hanefîlere göre bu şarttan şu fer'î mesele de çıkmaktadır: Herhangi bir şeyi bizzat belirlenmiş olmayan herhangi bir vasıta veya binek ile taşımayı taahhüt edenin zimmetinde bulunan bir taşıma işini üstlenmek için kefalet sahihtir. Çünkü o takdirde hak edilen şey kefil tarafından yerine getirilebilir. Ancak bir yerden bir yere taşıma işini başkası ile değil de bizzat tayin edilmiş bir vasıta veya binek ile taşımayı üstlenmekte kefalet sahih olmaz. Çünkü kefil, tayin edilmiş özel taşıma aracının telef olması sebebi ile bu taşıma işini gerçekleştirmekten acze düşmüş olabilir.

3- Deynin (borcun) lâzım ve sahih olması: Bu ise ancak eda (ödeme) veya ibra ile sakıt olan borçtur. Bu şart, mal ile kefalete ait özel bir şarttır. Buna göre kitabet bedelinin kefaleti sahih olmaz. Çünkü bu lâzım bir borç veya zayıf bir borçtur. Çünkü mükateb köle, üzerinde anlaşma yapılmış bedeli fesih ile düşürebilir. Dolayısıyla bu borç için teminat alma yoluna gitmenin manası yoktur. Aynı şekilde hakim bu konuda hüküm vermeden önce veya üzerinde karşılıklı rıza gerçekleşmeden zevcenin nafakası gibi borç olmayan şeylerin kefaleti de sahih değildir. Çünkü bu gibi şeylerin borç olması, ancak hakimin hükmü ile veya rıza ile olur. (2)

el-Bağdâdî şöyle der: Kefilin veya mekfulünleh'in ölümü ile eda veya ibra olmaksızın sakıt olmasına rağmen, geçmişte tayin edilmiş nafakaya kefil olmak sahihtir. Aynı şekilde gelecek ayın nafakasına kefil olmak da, eğer her ay şu kadar miktar tayin edilmiş ise sahihtir. Yine her günkü nafaka miktarı tayin edildiği takdirde gelecek bir günün nafakasına kefalet sahihtir. (3)

Fakihlerin cumhuruna göre (4) malî kefalette borcun miktarının niteliğinin ve ayn'ının bilinmesi şart değildir. Kişinin: "Ben onun binlik borcuna kefilim" demesi

---

1- ***Muğni'l-Muhtâc,*** II, 203 vd.; ***el-Mühezzeb,*** I, 343.
2- ***ed-Dürrü'l-Muhtâr,*** IV, 262, 274; ***eş-Şerhu'l-Kebîr,*** III, 333; ***el-Mühezzeb,*** I, 340; ***Muğni'l Muhtâc,*** II, 201.
3- ***Mecmau'd-Damânât,*** 269.
4- ***el-Bedâyi',*** VI, 9; ***Fethu'l-Kadîr,*** V, 402 vd.; ***Bidâyetü'l-eMüctehid,*** II, 294; ***el-Muğnî,*** IV, 536, 539 557; ***el-Mebsût,*** XX, 50; ***ed-Dürrü'l-Muhtâr,*** IV, 274; ***Mecmau'd-Damânât,*** a.y.

şeklindeki malum miktar ile kefalet sahih olduğu gibi; "Senin onun üzerinde bulunan borcuna kefilim" demek şeklinde meçhul olan borca kefil olmak da sahihtir: "Bu satışta senin ödemen gerekecek tazminata ben kefilim" demesi hâlinde de kefalet sahihtir. Çünkü kefalette esas olan kolaylaştırmadır. O bakımdan bunda cehalet (bazı yönlerin bilinmemesi) zarar vermez. Fakihler *damân-ı derek* [1]'in sahih olduğunda icma etmişlerdir. Satılan malın müstehak (başkasının hakkının bulunması) yahut da kusurlu veya eksik olduğu ortaya çıkarsa, -ya adiliği sebebiyle ya da tartılırken kullanılan tartıların eksikliği sebebiyle anlaşılır- bir kişinin müşteriye bunun bedelini tazminatını ödeyeceğini taahhüt etmesidir.

Hanefîler bir kimsenin başkasına "Şu yola git, eğer senin malın alınırsa ben onu öderim." demesi hâlindeki kefaleti sahih kabul etmişlerdir. O da o yoldan gidip malı alınırsa, madmûnunanh meçhul olduğu hâlde böyle bir damân sahih olur. Aynı şekilde: "Filân kişi senin malını gasbederse veya bu kişilerden birisi senin malını gasbederse ben onu sana öderim" diyecek olsa yine bu damân sahihtir. [2]

Şafiî'nin yeni mezhebi de şöyledir: Damân yani kefalet altında bulunan borcun cins, miktar, sıfat ve ayn'ı itibarıyla bilinmiş olması gerekir. Çünkü daman bir akitle bir insanın zimmetindeki bir malı ispat etmektir. Böyle bir ispat ise satıştaki semende olduğu gibi bilgisizlikle birlikte caiz olmaz. Buna göre meçhulün ve borçlardan herhangi birisinin muayyen olmaması sahih değildir. Daman-ı derek ise insanların buna ihtiyaçları sebebiyle Şafiîlere göre caizdir. [3]

3. Kefaletin Hükümleri

Kefaletin iki hükmü vardır: [4]

1- Asil üzerinde bulunan hakkın kefilden istenebilme velâyetinin (yetkisinin) sabit olması: Kefaletin durumuna göre istenecek şey de farklı olabilir. Eğer bu ke-

1- kelimesi ra'nın fethi ile *"derek"* ve sükunu ile de *"derk"* şeklinde okunur. Bu ise tebea, yani sabit bi hakkı bulunmasa dahi talepte bulunmak ve muaheze demektir. Çünkü bazen yabancı ile muamelede bulunmaya ihtiyaç görülebilir ve onun sattığı şeyin müstehak (başkasının onda hakkı bulunması) olmasından ve tekrar onun ele geçirilemeyeceğinden korkulabilir. O bakımdan bunun sağlama bağlanması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Aynı şekilde buna "damânu'l-uhde" adı da verilir. Çünkü dâmin, satıcının uhdesinde bulunanı iade etmeyi üzerine almıştır. Uhde ise hakikatte fiyatın üzerinde yazıldığı bir belgeden ibarettir. Ancak fakihler mecazen bunu semen (bedel, kıymet) hakkında kullanırlar. *Muğni'l-Muhtâc,* II, 201. Buna göre derek yolu ile kefalet, satılan mala satıştan önceki bir sebep dolayısı ile her hangi bir tehlikenin gelmesi karşılığında kefalette bulunmak demektir. *el-Medhalu'l-Fıkhıyyi* fıkra 271. Bazı Hanefîler şöyle der: Derek yolu ile kefalet caizdir. Bu ise satılan malda başkasının hakkı ortaya çıkarsa semenin teslimini üzerine almaktır. Satıcının veya satın alanın aleyhine istihkâk (başkasının hakkı bulunması) ile hükmedilmedikçe kefilin bunu ödeme yükümlülüğü yoktur. *Mecmau'd-Damânât,* 275.

2- *Mecmau'd-Damânât,* 270.

3- *Nihâyetu'l-Muhtâc,* III, 403; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 201; *el-Mühezzeb,* I, 340 vd.

4- *el-Bedâyi',* VI, 10 vd.; *Fethu'l-Kadîr,* V, 391, 403; *el-Mebsût,* XIX, 162; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV 262; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 325.

borç kefaleti ise tek kişi olması hâlinde kefilden asilin üzerindeki borcun tümünü ödemesi istenir. Şayet iki kefil olunur ve mesela borç bin lira olursa, eğer kefillerin biri ötekine kefalet etmeyecek olursa, her birisinden beş yüzer lira istenir. Çünkü kefalette eşittirler. Mekfulünbih de pay edilebilecek durumdadır. O bakımdan bu borcun talep edilme hakkı aralarında pay edilir. Onlardan herhangi birisi borcun tümünü ödeyecek olursa o kalkıp öbür kefile rücu edemez, başvuramaz. Çünkü bu ödemeyi onun adına değil, kendi adına yapmaktadır. Ancak ödediği miktarı asile rücu edip ister.

Şayet kefalet bir şahıs için olursa kefilden, gaip değil ise, kefili olduğu şahsı (mekfülün bihi) kimseyi hazır etmesi istenir. Şayet gaip olursa kefile, onu mahkemeye getirmesi mümkün olan bir süre verilir. Bu süre içerisinde onu getiremez ve hakim de bu işten âciz olmadığını (huzura getirebileceğini) görürse, onu bu işi yapamayacağını anlayıncaya kadar hapsedebilir. Şayet hakim, durumuna bakarak veya şahitlerin şehadeti veya başka bir vesile ile onu hazır edemeyeceğini anlarsa tutukluluğunu kaldırır, serbest bırakır ve hazır edebileceği zamana, ona mühlet verir. Çünkü bu durumda o müflis durumundadır. Şayet hakim onu dışarıya çıkartacak olursa, alacaklılar onun yakasını bırakmaz, hakim de alacaklılarda onun arasına engel olmaz. Şu kadar var ki, alacaklılar bu müflisi normal işini görmekten, kazanç yollarına başvurmaktan veya buna benzer işlerle uğraşmaktan alıkoymazlar. Hanefîlerin görüşü budur.

Şafiîlere göre: Yerini bildiği takdirde kefilin, kefil olduğu kimseyi huzura getirmesi lâzımdır. Şayet yerini bilmiyorsa onu huzura getirmek ile ilzam edilmez. Eğer huzura getirmesi lâzım olursa gidiş dönüş müddeti kadar süre tanınır. Bu süre geçtiği halde onu huzura getirmeyecek olursa, yerinin bilinmemesi yahut da ona ulaşma imkânını engelleyen bir kişinin yanında ikamet etme hâli gibi, kefil olunanı getirmenin imkânsız olduğu ortaya çıkıncaya kadar onu hapseder. (1)

Şayet kefalet bir malın aynını teslim için olursa mevcut olması hâlinde ayn'ı; telef olmuş ise mislini veya kıymetini teslim etmesi kefilden istenir.

Asil Borçtan İbra Olur mu?

Dikkat edilecek olursa fakihlerin cumhuruna göre kefalet, asilin ibrası sonucunu vermez. (2) Bu takdirde alacaklı borcunu asilden veya kefilden istemekte serbesttir. Ancak kefalet asilin beraati şartı ile yapılmışsa o hâl müstesnadır. Çünkü bu durumda kefalet manen havale demektir. (3) Esah kabul edilen görüşlerine göre Şafiîler, asilin beraati şartı ile kefaleti caiz görmezler. Çünkü böylesi bir şart, damânın gereğine aykırıdır.

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 205.

2- *el-Bedâyi',* a.y.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 208; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 292; *el-Muğnî,* IV, 546, 547 *Fethu'l-Kadîr,* V, 390.

3- *el-Mebsût,* XX, 46.

İmam Malik'ten gelen iki görüşten birisine göre alacaklı mekfulünanh'den isteme imkânı ortadan kalkmadıkça, kefilden borcu isteyemez. Çünkü damân bir vesika (sağlamlık kazandırmak)dır. Rehinde olduğu gibi, onu asilden alma imkânı ortadan kalkmadıkça, bu damânı (garantiyi) veren kişiden hakkın alınması yoluna gidilmez.

İbnu Ebî Leylâ, İbnu Şubrume, Ebu Sevr, İbnu Sirin ve Zahirîler de şöyle demektedir: Kefalet, asilin ibrasını gerektirir. Hak, artık kefilin zimmetine intikal eder. Dolayısıyla alacaklı havalede olduğu gibi, kesinlikle asilden bir şey isteme imkânına sahip değildir. Onlar bu görüşlerine Ebu Katâde (r.a.)'nin, vefat etmiş kişi adına iki dinar ödemeyi taahhüt etmesi olayını delil gösterirler. Bu taahhüdün üzerine Resulullah (a.s.) ona şöyle buyurmuştur: *"Allah sana hayır ile mukabele etsin; sen kardeşinin rehnini kurtardığın gibi, Allah da senin rehnini kurtarsın.."* (1) Bu ise kendisi namına kefalet olunanın artık damândan ibra edildiğinin delilidir.

Sahih olan ise cumhurun görüşüdür. Çünkü kefaletin manası az önce de kaydedilen görüş ayrılıklarına göre, ya borcun istenmesi hakkında yahut da borcun aslı hakkında zimmetin zimmete eklenmesi demektir. İbra ise bu eklemeye aykırıdır. Yine kefalet, eğer ibra edici özellikte olsaydı, bu havale olurdu. Havale ile kefalet ise farklı şeylerdir. Zira isimlerin farklılığı asıl itibarıyla manaların da farklılığının delilidir. Diğer taraftan cumhur, Peygamber (a.s.)'in şu hadisini de delil göstermişlerdir: *"Borcu kendisi namına ödeninceye kadar müminin canı askıdadır."* (2) Ebu Katâde olayında vefat edenin borcunun ödendiği kendisine haber verilince: *"İşte şimdi teni serinledi"* (3) buyurmaları da buna delildir. Borcuna kefil olanın namazını Hz. Peygamber'in kılmasının sebebi ise, artık bu kefalet ile borcunun ödenecek duruma gelmesi dolayısıyladır. Hz. Peygamber ise ancak borcunu ödeyecek karşılığı bulunmayan borçlu üzerine namaz kılmaktan imtina etmiştir. *"Onun rehinini çözdüğün gibi..."* şeklindeki sözü ise, o vefat edenin Peygamber (a.s.)'in üzerinde namaz kılamayacağı bir durumda olmasından dolayıdır. Onun borcuna kefil olununca bu durumdan veya buna benzer bir hâlden kurtarılmış olur. (4)

Diğer taraftan kefaletin durumu ile gâsıbın ve gâsıptan gasbedenin durumu

---

1- Daha önceden Hz. Ali'nin rivayetinin -İbni Hacer'in söylediği üzere- *zayıf* olduğunu kaydetmiştik. Esah olan ise Ebu Katâde'den gelen rivayettir.

2- Bu hadisi İmam Ahmed *Müsned*'inde, Tirmizî, İbni Mâce ve Hâkim Ebu Hureyre'den rivayet etmiştir. Bu manada Taberânî, *el-Evsat*'ta el-Berâ b. Âzib'den, o da Resulullah (a.s.)'tan olmak üzere Hz. Peygamber buyurdu ki: *"Borçlu kişi borcu karşılığında esîrdir. O Allah'a yalnızlığını şikayet eder."* Bu hadisin senedinde Mübarek b. Fedâle vardır. Affân ve İbni Hibbân onu *sika* kabul ederken, bir grup muhaddis de *zayıf* kabul etmiştir. *Câmiu's-Sağîr*, 188; *Mecmau'z-Zevâid*, IV, 129.

3- Bu ifade Ahmed, Darekutnî ve Hâkim'de, Câbir b. Abdullah'dan gelen rivayette şu lafızla sabittir: *"Şu anda onun üzerinde teni soğudu."* Bir başka rivayette ise teni yerine: "kabri" denilmektedir. *et-Telhîsü'l-Habîr*, 251; *Neylü'l-Evtâr*, V. 239.

4- *Fethu'l-Kadîr*, V, 390 ve daha önce geçen kaynaklar.

arasında fark vardır. Malı gasbedilmiş asıl malik bu gâsıplardan dilediği kimseye tazmin ettirebilir. O zaman da diğer gâsıplar bu maldan beraat ederler. Aradaki fark şudur: Kendisinden gaspedilen kimse, gâsıbın veya gasıptan gasbedenin tazminat ödemesini seçecek olursa, yani hakim tazminat konusunda aleyhine hüküm verecek olursa, onun bu tercihi, tazmin ettiği şeye gâsıbın mâlik olduğu manasına gelir, zorunlu olarak ötekiler ibra olur. Halbuki kefalet gereğince borcu istemek böyle değildir. Kefalet, tazmin edilen şeye temliki gerektirmez. Çünkü kefaletin gereği zimmeti eklemektir; orda temlik hasıl olmaz. Hatta hakikaten istifa var olmadığı sürece hakimin hükmü bulunsa dahi bu böyledir.

2- Kefaletin ikinci hükmü ise, kefalet asilin emri ile olduğu takdirde, kefilin asil olan şahıstan talep velâyetinin (yetkisinin) bulunmasıdır. Bütün kefalet türlerinde bu böyledir. Meselâ, borç kefaleti ise kefil, kefil olduğu kimseden, kendisinden istendiği takdirde, o ödemeyi yapmasını ister. Kefil hapsedilecek olursa, o da kefil olduğu kimseyi (mekfûlünanhi) hapsettirebilir. Çünkü böyle bir sorumluluğa kendisini düşüren odur. O hâlde bu sorumluluktan kendisini kurtarmak da ona düşer.

Şayet kefalet, asilin emri olmaksızın gerçekleşmişse kefilin ilzam edilmesi hâlinde kefilin asil olan şahsı ilzâm etme hakkı yoktur, hapsedilmesi hâlinde onu hapsettirme hakkı da yoktur.

Aynı şekilde kefil bizzat kendisi ödemeyi yapmadan asilden malı isteyemez; velev ki, kendisi aslinin emri ile kefil olmuş olsun. Çünkü talep velâyeti ancak karz veya temlik hükmü ile sabit olur. Bütün bunlar ise karz veya temlik yapıldığını gösteren delile bağlıdır, böyle bir durumda ise delil yoktur. Satın almak üzere vekil olan kimsenin durumu ise böyle değildir. Böyle bir vekil satın aldıktan ve ödemeyi kendi şahsî malından yapmadan önce satın aldığının bedelini müvekkilden isteyebilir. Çünkü burada semen (bedel) satın alınanın karşılığıdır. Satın alınanın mülküyeti ise müvekkil adına gerçekleşmiştir. Dolayısıyla bedeli de ödemek ona düşer. Vekilin de bu bedeli ödemesini ondan isteme hakkı olur. Kefalette ise ödeme isteme hakkı, karz veya temlik sebebiyle olur ki; bu da henüz vücuda gelmemiştir.

Kefalet asilin emri ile gerçekleşmişse kefil ödemeyi yaptığında asile rücu etme hakkı doğar. Çünkü bu durumda aralarındaki ilişki borç verme ve isteme ilişkisidir. Asil, borç isteyen (mustakriz); malı ödemek suretiyle kefil de borç veren (mukriz) olur. Mukriz ise mustakrize rücu ederek verdiği malı alır.

4. Kefaletin Son Bulması

Burada her bir kefalet türünün sona erme yollarını ele alacağız.

a) Mala kefalet aşağıdaki hususlardan birisi ile sona erer. [1]

1- *el-Bedâyi'*, VI, 11 vd.; *Muhtasaru't-Tahâvî*, 104; *ed-Dürrü'l Muhtâr*, IV, 285; *Mecmau'd-Damânât*, 274.

1- Malın alacaklıya eda edilmesi veya eda anlamına gelen bir işle bunun gerçekleşmesi. Bu eda, ister kefil tarafından yapılmış olsun, ister asil tarafından yapılmış olsun, farketmez. Çünkü alacağı isteme hakkı edaya giden bir yoldur. Ödeme söz konusu olduğu takdirde kefaletten maksat da hasıl olacağından aktin hükmü de son bulur.

Alacaklı, malı kefile veya asile hibe edecek olursa da kefalet yine son bulur. Çünkü hibe eda etme ayarındadır. Alacağını kefile veya asile tasadduk etmek de hibe gibidir. Alacaklı ölür ve kefil veya asil ona mirasçı olursa yine durum böyledir. Çünkü miras yolu ile kendi zimmetinde olan bir şeye malik olmuş olur. Şayet kefilin kendisi mirasçı ise, zimmetinde bulunana malik olur, bu durumda eda yoluyla o borca malik olmuş gibi asile rücu eder. Şayet mirasçı, kefil olunan şahıs ise kefil, kendisi ödemiş gibi ibra olur.

2- İbra ve ibra anlamına gelen hususlar: Alacaklı kefili veya asili ibra ederse (onları aklarsa) kefalet son bulur. Şu kadar var ki, alacaklı sadece kefili ibra ederse, asil ibra olmaz; ancak asilin ibra edilmesi hâlinde kefil de ibra olur. Çünkü borç kefil üzerinde değil, asil üzerindedir. Buna göre asilin ibra edilmesi, onun zimmetindeki borcu iskat etmek demektir. Bu durumda zorunlu olarak kefilden de talep hakkı sakıt olur. Çünkü asıl sakıt olunca fer' de sakıt olur.

Kefilin ibra edilmesi ise, borcun ibra edilmesi değil, talepten ibra etmektir. Zira kefilin üzerinde bir borç yoktur. Kefilin üzerindeki borcun talep edilmesi hakkının ıskatı, asıl borcun asil üzerinden iskatını zorunlu olarak gerektirmez. Çünkü fer' sakıt olunca, asıl sakıt olmaz.

Alacaklı kefile veya borçluya: "Bu maldan bana karşı ibra oldun" diyecek olursa, ibra gerçekleşir. Çünkü böyle bir ifade kabz ve istifa (hakkı alma)nın ikrar edilmesi demektir. Zira o kendisini, karşısında bulunan kimsenin ibra edilmesinde nihai bir gaye olarak göstermiştir. [1] Böyle bir durum ise kabz ve istifa beraati (ibrası)dir. Bu durumda kefil de asil de birlikte ibra olurlar. Çünkü borcun istifası her ikisinin de ibrasını birlikte gerektirir. Bu durumda eğer kefalet, asilin emri ile olmuşsa, kefil asile rücu eder.

Alacaklı kefile veya borçluya: "Sen maldan ibra oldun" deyip de "bana karşı" demeyecek olursa, Ebu Yusuf'a göre birinci şekilde olduğu gibi, yine ibra olur. Çünkü bu da kabz ettiğini ikrardır. Zira mala izafeten söylenen ibra, örfen eda (borcun ödenmesi) hakkında kullanılır, âdeten de ona hamledir.

İmam Muhammed'e göre ise bu ifadeyle asil ibra olmaz, kefil ibra olur. Onun: "Seni ibra ediyorum" demesine benzer. Zira maldan beri olmak, eda ile olabildiği

1- Böyle bir tabirin manası şudur: Maldan ibra olmanın başlangıcı kefildendir, sonu ise borcun sahibidir (alacaklıdır). İşte kefilden kabz ikrarının manası budur. Sanki o: "Bana ödedin" demiş gibidir.

gibi, ibra ile de olur. Bu bakımdan ek bir delil ile olmadıkça ödeme manasına geldiğine yorumlanmaz. Bundan önceki şekilde bu ek delil vardı, o da: "bana karşı" ifadesidir. Çünkü söylenen bu söz, daha önce yapmış olduğumuz açıklama sebebiyle edanın bir manasını da ifade etmektedir, ancak bu ikinci şekilde böyle bir şey bulunmamaktadır.

Mala kefalet durumunda kefil veya borçlu alacaklıyı bir başka kimseye havale eder, muhal (havale edilen) de bunu kabul ederse kefalet sona erer. Çünkü havale, hem borçtan hem de borcun talebinden bir arada ibra edicidir.

Aynı şekilde sulh ile de kefalet sona erer: Kefil alacaklı ile iddia olunan malın bir kısmı karşılığında sulh yapabilir. Bu takdirde kefil de asil de şu iki hâlde ibra olurlar: Birinci hâl: "Ben de kefil olduğum kimse de kalan miktardan ibra edilmek şartıyla bu sulhu yapıyoruz" denmesi; ikinci hâl ise, ibra şartını zikretmeksiniz mutlak olarak: "Seninle şu kadar miktar üzerinde sulh yapıyorum" denmesidir.

Yalnız kefilin ibrâ olduğu bir durum vardır ki o da: "Ben kalan miktardan beriyim (kalanın kefili değilim)" demesi hâlidir. (1)

Nefse kefâlet ise üç şekilde sona erer : (2)

1 - Şahsın, onu talep eden kimseye, hakimin meclisine götürebileceği bir yerde teslim edilmesi. (3) Meselâ, başka bir şehirde bulunuyorsa, orada teslim etmesi. Çünkü kefil taahhüt ettiği şeyi yerine getirmiş ve kefaletten maksat hasıl olmuştur. O da hakimin önünde muhakemenin mümkün olmasıdır. Maksat tahakkuk ettiği takdirde ise kefalet son bulur.

Şayet bir sahrada veya bir ovada teslim edecek olursa kefil ibra olmaz. Çünkü orada muhakeme edilemez. Dolayısıyla maksat da gerçekleşmez. Aynı şekilde hakimin veya mesela güvenlik kuvvetleri gibi hakimin yardımcılarının bulunmadığı bir beldede teslim etmesi de bu şekildedir. Çünkü bunların olmadığı bir yerde muhakemeye de imkân yoktur.

Eğer pazarda veya şehirde teslim edecek olursa ibra olur. Çünkü istenen şey, teslimin hakimin meclisine o şahsın götürülmesi mümkün olan bir yerde gerçekleşmesidir.

Şayet kefile, kefil olduğu kimseyi belirli bir beldede teslim etme şartını koşmuşsa, o da bir başka beldede teslim ederse, Ebu Hanife'ye göre ibra olur; çünkü tayin edilen o beldede muhakemeye imkân vardır. Ebu Yusuf ile Muhammed'e göre

---

1- *el-Mebsût*, XX, 58, 91; *el-Bedâyi'*, VI, 12; *Fethu'l-Kadîr*, V, 412; *Muhtasaru't-Tahâvî*, 105; *Mecmau'd-Damânât*, 274.

2- *el-Bedâyi'*, VI, 12 vd.; *el-Mebsût*, XIX, 166, 175; *Fethu'l-Kadîr*, V, 393 vd.; 411; *ed-Durru'l-Muhtâr*, IV, 267 vd.; *Mecmau'd-Damânât*, 166, 274; *el-Kitâb ma'a'l-Lübab*, II, 153 vd.

3- Teslim, şahsını teslim etmeye kefil olduğu kişi ile lehine kefâlet edileni başbaşa bırakmakla, aralarında engel olmamakla gerçekleşir.

ise şart koşulan yerde teslim etmedikçe ibra olmaz. Çünkü belirli bir beldede teslim kaydını ileri sürmenin, yerinde ve bir mana ifade eden bir maksat için olması mümkündür. Meselâ, şahitlerin, tayin ettiği beldede bulunup da başkasında bulunmaması hâli, buna bir örnektir.

Eğer kefile, şahsına kefil olduğu kimseyi emirin yanında teslim etmeyi şart koşmuş, o da hakimin yanında teslim etmişse, ibra olur.

2- İbra etmek: Yani hak sahibinin kefil olan kimseyi cana kefaletten ibra etmesi hâlinde kefalet son bulur. Çünkü bu kefaletin gereği şahsın teslimini istemek hakkının sâbit olmasıdır. İbra yoluyla bu talep hakkını düşürecek olursa zorunlu olarak bu hak da sona erer.

Böyle bir durumda asil ibra olmaz. Çünkü buradaki ibra, asil için değil kefil için sadır olmuştur. Şayet ibra asil için sadır olursa her ikisi de ibra olur.

3- Canına kefil olunanın (mekfulün bi'n-nefs)ın ölümü: Kefil olunan asil ölecek olursa cana kefil olan, kefâletten ibra olur. Çünkü artık onu mahkemenin huzuruna getirmekten âciz olmuştur. Diğer taraftan asilin mahkemenin huzuruna gelmesi sakıt olduğundan, kefilden de huzura getirmek gereği de sakıt olmuştur.

Kefilin ölmesi hâlinde de kefalet sona erer. Çünkü artık şahsına kefil olduğu kimseyi teslime muktedir değildir. Onun geriye bıraktığı mal ise, mala kefilin aksine böyle bir görevin gerçekleştirilmesine elverişli değildir.

Lehine kefil olunan kişi (mefulünleh) öldüğü takdirde, nefse kefalet sakıt olmaz. Nitekim mala kefalet de sakıt olmaz. Çünkü kefil hâlen görevini yerine getirme kudretine sahiptir. Vasi veya mirasçı bu kefaletin gereğinin yerine getirilmesini isteme konusunda ölenin yerini tutar.

c) Bizzat tazminat altında bulunan aynların kefaleti iki sebepten biri ile sona erer: [1]

1- Eğer bizzat mevcut ise, tazminat altında bulunan aynın teslimi, şayet telef olmuş ise mislinin veya kıymetinin teslim edilmesi ile.

2- İbra ile, yani kefili kefaletten ibra etmek ile. Bu da ona: "Ben seni kefaletten ibra ettim" demesiyle olur. Çünkü kefalet ibrayı verenin bir hakkıdır; borçta veya asilin ibra edilmesinde olduğu gibi, onu ıskat etmesiyle sakıt olur.

5. Kefilin Asile Rûcusu

Bu bahiste, rücu (başvurma) şartları ile kendisi ile rücu edilecek şey ve ne zaman rücu edileceği hususları üzerinde duracağız. **Rücunun şartları şunlardır:** [2]

1- Kefaletin kefil olunan (mekfulünanh)ın emriyle, yani izniyle olması: Şayet

1- *el-Bedâyi'*, VI, 13.
2- *el-Bedâyi'*, VI, 13 vd.; *Fethu'l-Kadîr*, V, 408 vd.; *el-Mebsût*, XIX, 178.

kefalet onun emri ile olmamışsa yaptığı ödemeyi almak üzere mekfulünanha rücu edemez. Çünkü o takdirde kefil, yaptığı bu ödeme ile teberruda bulunmuş demektir. Şayet rücu imkânı olmuş olsaydı, Ebu Katâde'nin taahhüdü ile Peygamber (a.s.), cenaze üzerine namaz kılmazdı. Hanefîlerle Şafiîlerin görüşü budur. (1)

İmam Malik ile bir rivayette İmam Ahmed'e göre böyle bir tazminatın (kefaletin) kefil olunanın izni ile olması şart değildir. Çünkü bu durumda yapılan bir ödeme, ödenmesi gerekli bir borçtan ibra edicidir. O bakımdan üzerinde ödeme görevi bulunanın damânı türünden olur. Borcunu ödemek istememesi hâlinde onun yerine hakimin ödemesi gibi. Nitekim İbni Kudâme de böyle demektedir. Ebu Katâde'nin durumu ise şöyledir: O hem borcu ödemeyi hem de damânı teberru etmiştir. Çünkü o ölünün borcunu, zimmetini ibra etmek maksadı ile ödemiştir ki, Peygamber (a.s.) onun üzerine namaz kılsın. Bununla birlikte borcunu ödeyecek bir şey bırakmadığını da bilmekte idi. Teberruda bulunan bir kimse ise herhangi bir şeyi rücu yoluyla isteyemez. (2)

2- Kefaletin sahih bir izin ile olması: Kendisi aleyhine borç ikrarında bulunmaya ehliyetli bir kişinin izni ile olması demektir. Dolayısıyla tasarruflardan hacir altına alınmış küçüğün izni muteber değildir. Buna bağlı olarak kefilin onun adına yaptığı ödemelerle ona rücu etme hakkı yoktur. Çünkü aradaki ilişki istikraz (borçlanma) ilişkisidir. Küçüğün borçlanması hâlinde ise ona damân (tazmin etmesi) taalluk etmez.

3- Asilin kefile: "Adıma taahhütte bulun" demesi ile damânın asile izafe edilmesi. Çünkü bu durumda asil taahhüdü kendi adına izafe etmeyecek olursa, kefil ile asil arasında meydana gelen ikraz (borçlanma)ın manası da tahakkuk etmez. Zira mekfûlünanha nisbetle kefalet bir istikraz (borç talebi)dir. Ödedikten sonra kefile nispetle ise mekfülunanhe bir ikraz (borç verme)dir. Mekfûlünleh'e yaptığı eda (borcu ödeme) ile de onun vekilidir. Mekfûlün leh bakımından bu mekfûlünanhın zimmetinde bulunanın, kefilden aldığı mal yolu ile bu malın temlik edilmesidir. O bakımdan kefil mekfulünanh'a verdiği borç ile müracaat eder.

4- Kefilin ödediği borç kadar asilin kefil üzerinde alacağının olmaması. Çünkü böyle bir alacağı varsa ve kefil de bu borcu ödemişse ikisi arasında borçlarda bir takas olmuş olur.

Borç sahibi (alacaklı) eğer borcu kefile hibe edecek olursa kefil asile rücu eder. Çünkü hibe malın edası manasındadır. Şayet alacaklı bu borcu asile hibe ederse kefil ibra olur. Çünkü bu hibe ile malın eda edilmesi arasında fark yoktur.

Eğer alacaklı ölür, kefil ona mirasçı olursa, kefil asile rücu eder. Şayet asil ona varis olursa kefil ibra olur. Çünkü miras, mülkiyetin sebeplerindendir. Asil (borçlu

1- *el-Mühezeb,* I, 341; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 209.
2- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 294; *el-Muğnî,* IV, 449 vd.; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 325.

olduğu mala) malik olduğu takdirde, ibra olur; buna bağlı olarak kefil de ibra olur.

Alacaklı kefili ibra edecek olursa kefil asile rücu edemez. Çünkü bu ibra borcu düşürme olup kefile nisbetle sadece ondan isteme hakkını düşürmektir, başka değil.

Kefil, asil adına ve onun izniyle taahhütte bulunduğu maldan asili ibra eder veya ona hibe edecek olursa, caiz olur. Bundan sonra kefil borcu ödediği takdirde asile rücu edemez.

Alacaklı kefile: "Bana karşı maldan ibra oldun" diyecek olursa, kefil Hanefîlerin ittifakıyla asile rücu eder. Çünkü bu kabz ve istifa (hakkı aldığını) ikrardır. Zira böyle bir lafız edada kullanılır. O bakımdan ona rücu eder. Yani böyle bir ibra ancak ödeme ile mümkün olur. Bu bakımdan onun bu sözü tıpkı: "O malı sen bana verdin" veya "Onu ben senden kabzettim" demekte olduğu gibi, kabzı ikrardır.

Şayet ona: "Maldan ibra oldun" diyecek olursa, bu Ebu Yusuf'a göre kabzı ikrardır ve; "Bana karşı maldan ibra oldun" demesi gibidir. Çünkü o, özellikle kefilin ibrasını ikrar etmiştir ki, bu da ondan çıkan bir fiil ile olabilir. Tıpkı "kalktım, oturdum" demek gibidir. Buradaki fiil ise ifa (ödeme) fiilidir.

İmam Muhammed'e göre ise kefil mekfulünanh'e (asile) rücu edemez. Çünkü böyle bir söz onun: "Maldan seni ibra ettim" demesine benzer. Zira bu, ona eda ile ibra (yani kabz ve ibra ile) olma ihtimali olduğundan, asgari miktar sabit olur ki, bu da kefilin ibra olmasıdır. Ondan fazlasında ise (o da edadır) şüphe vardır. Şüphe ile de kabz sabit olmaz. Buna bağlı olarak öyle bir durumda kefilin mekfülünanh'a rücu hakkı yoktur. Hanefîlerce ercah görüş budur.

Alacaklının ona: "Seni ibra ettim" sözünü söylemesi hâlinde kefilin, mekfulünanh'a rücu edemeyişinin sebebine gelince, bu lafız, ibrânın kefile mahsus olduğunu göstermektedir ve etkisi borçludan borcu düşürecek derecede başkasına uzanmamaktadır. Dolayısıyla lafız borçlunun borcunu ifa ettiğini ikrar manasını ihtiva etmez. Bu şekil ile "maldan ibra oldun" demesi şekli arasındaki fark Ebu Yusuf'a göre şudur: İbra ile borçtan kurtulmak, kefilin fiili ile değil, alacaklının fiili ile tahakkuk eder. Bu durumda fiil kefile nispet edilmiş olmaz. (1)

Hülâsa, Hanefîlere göre tercih edilen görüş şudur: Alacaklının kefile "bana karşı" veya "seni ibra ettim" demeksizin "ibra oldun" demesi hâlinde kefilin asile rücu hakkı yoktur. Çünkü böyle bir söz kabz ettiği ikrar değildir, sadece bir ibradır.

Kefillerin birden çok olması hâlinde kefilin asile rücusu:

İki kişi bir kişiye, meselâ bin lirasına kefil olsalar bu kefillerden biri ötekinin kefili olmasa onlardan birisi kendisine düşeni ödese yaptığı bu ödemeden her hangi

1- *el-Mebsût,* XX, 93; *Fethu'l-Kadîr,* V, 415; *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 287 vd.

bir miktarını diğer kefilden geri isteyemez. Çünkü o ödemeyi kendi adına yapmıştır, arkadaşının yerine değil. Ancak asile rücu eder. Çünkü asile, onun emri üzere kefil olmuştur.

Kefillerden biri ötekine, üzerindeki kefalet kadar kefil olursa, o takdirde kefilin öbür kefilin kefaleti karşılığında veya kendisinin kefaleti karşılığında yaptığı ödemeye dair söyleyeceği söz kabul edilir. Çünkü bu kefilin iki bakımdan mal talebinde bulunması lazımdır:

1- Kendi adına asile kefaleti cihetinden,

2- Kefil arkadaşına kefaleti cihetinden. Bunlardan her hangi birisinin ötekine göre önceliği yoktur. Dolayısıyla o, bu kefaletlerden dilediği her hangi birisi adına edada bulunabilir.

Kefillerden her birisi arkadaşının üzerindeki kefalet kadarına kefil olursa, onlardan her birisinin yaptığı ödeme kefil olunanın yarısına kadar kendi adına olur. Bu da bizim örneğimizde beş yüz liradır. Onun kendi adına değil de ortağı adına edada bulunduğu şeklindeki sözü de kabul edilmez. Bilakis bu miktara kadar yaptığı ödeme kendi adına olur. Bu miktara kadar ortağına rücu edemez. Aynı şekilde öderken o kendisinin adına değil de ortağının adına ödeme yaptığı, şeklindeki sözü de mukbul değildir.

Yaptığı ödeme kefil olunan miktarın yarısından fazlasını bulmadıkça -ki bu da misalimizde beş yüz liradır- ortağına rücu edemez. Şayet beş yüz liradan fazla ödemişse dilediği takdirde fazla miktar için ortağına rücu edebilir; isterse asile rücu edebilir.

Bu kaide aynı şekilde bir takım fer'î meselelere daha uygulanabilir. Meselâ, iki kişi bin liraya bir şey satın alsa ve onlardan her birisi arkadaşının kıymetteki payına kefil olsa, onlardan birisinin yapacağı ödeme kendi adına olur ve yarıyı geçmediği sürece ortağına rücu edemez.

Bir diğer örnek: Mufavada ortaklığı yapmış iki kişi, borçlu olarak ayrılacak olsalar, alacaklının bunların herhangi birinden borcunu isteme hakkı vardır. Onlardan her kim bir şey ödeyecek olursa, ödediği miktar yarıyı geçmediği sürece ortağına rücu edemez. [1]

Kefilin asilden ne isteyebileceği:

Hanefîlere göre: Tazminat altına aldığı (taahhüt ettiği) şeyi talep için rücu eder, eda ettiği ile değil. Çünkü o eda ile asilin zimmetinde bulunan şeye malik olmuştur. O bakımdan hakkında kefaletin gerçekleştiği şey ile rücu eder. Kefalet kaliteli bir şey hakkında olursa ve (kefil) ondan daha aşağı kalitede bir şey ödeyecek

1- *el-Bedâyi',* VI, 14 vd.; *Fethu'l-Kadîr,* V, 437 vd.; *el-Mebsût,* XX, 34; *ed-Dürru'l-Muhtâr,* IV, 298.

olursa, kefil asile kaliteli olan ile rücu eder.

Aynı şekilde nakdî bir borca kefil olur ve onun adına ölçülen, tartılan bir şey veya ticarî bir mal ödeme yapacak olursa, ona eda ettiği ile değil, kefil olduğu şey ile rücu eder.

Borç ödemek üzere vekil olanın durumu ise böyle değildir. O yaptığı ödeme için müvekkiline rücu eder, borcunun kendisi için değil. Çünkü o eda ile borca malik olmaz. Bilakis yaptığı ödemeyi müvekkile borç vermiş demektir, ona verdiği borç için rücu eder. Borcun bir kısmı üzerine sulh yapma hâlinde ise, borcun tümü ile değil, hakkında sulh yaptığı miktar için rucu eder. Çünkü bir kısmın edası ile o asilin zimmetinde bulunan borcun tümüne malik olmaz. Zira sulhün temlik olarak kabul edilmesine imkân yoktur; çünkü bu faize (ribaya) götürür. [1]

Malikîler ile esas kabul ettikleri görüşlerinde Şafiîlere göre: Kefil ödediği tazminat ile, yani fiilen yaptığı ödeme için rücu eder. Çünkü onun harcadığı şey yaptığı ödemedir. Aynı şekilde sulh veya bir kısmından ibra hâlinde de kefil, yaptığı eda miktarı için rücu eder. [2]

Hanbelîlere göre: Kefîl asîle, fiilen yaptığı ödeme veya borcun miktarından hangisi daha az ise onun için rücu eder. Çünkü eğer borç daha az ise, fazlası zaten ödenmesi gereken (vacip) bir şey değildir. O fazlasını ödemekle teberruda bulunmuş olur.

Şayet ödenen daha az ise, o yaptığı ödeme için rücu eder. [3] Bu bakımdan onların görüşleri Malikîlerle Şafiîlerin görüşü gibi demektir.

Kefil, asile ne zaman rücu eder?

Namına kefil olduğu malı onun adına ödemeden önce kefilin bunu asilden (mekfülunanhtan) isteme hakkı yoktur. Çünkü kefil edadan önce buna malik olamaz. Ancak satın almaya vekil olan kişinin durumu böyle değildir. Zira o -daha önceden de açıklamış olduğumuz gibi- ödemeden önce rücu edebilir. Çünkü bu durumda o satıcı konumundadır. Şayet mala kefilin, mekfulünbihi olduğu malı ödemesini sağlamak üzere mülâzemet [4] yoluna gidilirse, onun da kendisine kefil olduğu şahsı mülâzemet yoluna gitme hakkı vardır. Eğer bu kefalet sebebiyle hapsedilecek olursa, o da asili kendisini kurtarıncaya kadar hapsettirme hakkına sahiptir. Çünkü kefilin başına gelenlerin tek sebebi asildir. O bakımdan onun da benzeri durumla karşılaşması söz konusudur. [5]

1- *el-Bedâyi',* VI, 15.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 346; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 209 vd.

3- *el-Muğnî,* IV, 551.

4- *Mülâzemet:* Bir kimseyi başkasının yanına, ondaki hakkını almasını sağlamak üzere yanından ayrılmamasını tenbih ederek göndermek ve böylelikle hakkını alına yoluna gitmektir. Ayrıca bk. Vekalet bölümü 97 no'lu dipnot (Çeviren)

5- *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb* II, 107.

Ek: GÜNÜMÜZDE KEFALETE KARŞILIK ÜCRET ALMAK

Kefalet, bir teberru akti ve kefilin kendisi sebebiyle sevap alacağı bir ibadettir. Çünkü kefalet, iyilik üzere bir yardımlaşmadır. Diğer taraftan kefil, eğer kendisine kefil olduğu tarafın adına tazminatı ödeyecek olursa, yüklendiği bir sorumluluk karşılığında mekfulünanh (asil)'a rücu hakkına sahiptir. Evlâ olan kefaletin karşılıksız ve teberru olarak gerçekleşmesidir. Böylesi, şüpheden daha uzaktır. Şayet mekfûlünleh, hibe veya hediye kabilinden kefile bir miktar mal takdim edecek olursa, kefilin kendisine yapmış olduğu iyilik karşılığında bu caiz olur. Ancak kefil, kefaletine karşılık olarak bir ücretin veya bir karşılığın sunulmasını şart koşacak olursa ve mekfûlünanh için iyilik olsun diye teberruda bulunacak kimseler aracılığı ile maslahatını gerçekleştirmeye imkân bulunmazsa, zaruret sebebiyle veya umumi ihtiyaç sebebiyle ona ücret ödenmesi caiz olur. Çünkü ödeme hâlinde, meselâ okumak yahut da çalışmak maksadı ile ülke dışına yolculuk yapmak, askerliği tecil etmek ve buna benzer bir takım maslahatlar askıda kalır. Bunun caiz olduğunu söylemenin esası şudur: Fakihler Kur'an-ı Kerim öğretmek ve dinî gerekleri yerine getirmek gibi Allah'a yaklaştırıcı ve itaat olan bir takım işlerin edası için ihtiyaç sebebiyle ücret ödemeyi caiz kabul etmişlerdir. Aynı şekilde hakkını elde edebilmek veya zulmü defedebilmek yahut bir düşmanın ülkeye verebileceği zararı ve tehlikesini defedebilmek maksadı ile rüşvet vermeyi de caiz görmüşlerdir. Adına kefalette bulunulan (mekfulünanh) da bu kefalet vasıtası ile artık ücretli kefaletin kaçınılmaz bir yol olarak taayyün ettiği bir menfaat sağlamaktadır. Şu kadar var ki, bu yolun kötüye kullanılmaması yahut da karşılığı şart koşmakta ileriye gidilmemesi gerekir. Bu, kefaletin meşruluğunda esas olan teberru yönü gözetilerek yapılmalıdır.

HAVALE

1. Tarifi, Meşruluğu, Rüknü ve Sîgası

Tarifi: Sözlükte havale, "intikal etmek" demektir. Hâlinde bir değişme ve bir intikal olduğunda *(hâle ani'l-ahdi)* denilir. Hanefîlerin ıstılâhında havale; "talep hakkının (mutelebe) borçlunun zimmetinden mültezim (ödemeyi üzerine alan kişi) nin zimmetine intikal etmesi" demektir. Bu bakımdan kefaletten farklıdır. Çünkü kefalet, talep hakkında zimmeti zimmete eklemektir, nakletmek değildir. Havaleden sonra, borçludan borcunu ödemesi istenmez. Bu hususta ittifak vardır. Borcun intikal edip etmediği konusunda, Hanefî mezhebi imamları ihtilâf etmişlerdir. Sahih olan, ileride de açıklanacağı üzere, borcun intikal ettiğidir. Bu bakımdan *el-İnâye* sahibi, havaleyi şöyle tarif etmiştir: Havale, fakihlerin ıstılahına göre borcun asilin zimmetinden muhâlünaleyhin (kendisine havale olunan şahıs) zimmetine - ona güvenmek üzere- tahvil edilmesidir. [1]

Hanefîlerin dışındakiler ise havaleyi, "borcun bir zimmetten bir başka zimmete intikalini gerektiren bir akit" olarak tarif etmişlerdir. [2]

Meşruluğu: Borcun havale edilmesi sünnet ve icma ile caizdir. Bu, borç karşılığında borçta tasarrufun yasaklanmasından istisna edilmiş bir akittir.

Sünnetten meşruluğunun delili, Peygamber (a.s.)'in şu buyruğudur: *"Varlıklının borcunu savsaklaması* [3]*zulümdür. Sizden her hangi biriniz zengin birisine*

1- *Fethu'l-Kadîr ma'a'l-İnâye*, I, 443; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, IV, 300; *Mecmau'd-Damânât*, 282.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 325; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 193; *el-Muğnî*, IV, 528; *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 114 *Keşşâfu'l-Kınâ'*, III, 370.

3- Borcun savsaklanması diye tercüme edilebilecek (matal) demirin tabiri uzaması için dövülmesi demek olan (mataltu el-hadîde) kökünden alınmıştır. Zengin, varlıklı, ödeyebilme gücüne sahip gibi anlamlara gelen melî' kelimesi ise, aslında geniş ve uzun anlamındadır.

havale edilirse kabul etsin." (1) Yani o da bu havale edilmeye karşı çıkmasın, demektir. Bu hadisi Beyhakî bu şekilde rivayet etmiştir. Taberânî'nin *el-Mu'cemü'l-Vasît*'indeki rivayet şöyledir: *"Kim ödeyebilecek güçte birisine havale edilirse kabul etsin."* Ahmed ve İbni Şeybe'nin bir rivayetinde şöyle denilmektedir: *"Kim ödeyebilecek birisine havale edilirse, o da bu havaleyi kabul etsin."* Burada "havale edildiğinde" şeklinde de rivayet edilmiştir. Ulemanın cumhurunun kabul ettiği görüşe göre bu hadis-i şerifte yer alan emir, istihbab (müstehaplık) içindir. Havalenin kabul edilmesi vacip değildir. Ebu Dâvud ve Ahmed ise, buradaki emir vücup içindir, dolayısıyla muhâl (havale edilen)in havaleyi kabul etmesi vaciptir, demişlerdir. (2)

İcmaya gelince: İlim ehli genel olarak havalenin caiz olduğu üzerinde icma etmişlerdir. (3) Havale ayn'lar da değil, borçlarda caiz bir akittir. Çünkü havale, nakli ifade eder. Tahvil ise, borçta söz konusu olur, ayn'da olmaz. Yani hükmî nakil, aynda olmayacağından onda havale sahih olmaz.

Rüknü: Hanefîlere göre havalenin rüknü, havalenin sigası olan özel lafızlarla muhîl (havale eden) tarafından icap; muhal (havale edilen) ile muhâlünaleyh (kendisine havale edilen) tarafından ise kabuldür. İcap'muhilin alacaklısına: "Seni filâna havale ettim" demesidir. Kabul ise muhal ve muhâlünaleyhin her birisinin: "Kabul ettim, razı oldum" ve buna benzer sözler söylemesidir. Hanefîlere göre, muhâlünaleyhin rızasının zorunlu olmasının sebebi şudur: Havale başkasının zimmetinde mevcut olan hakkın, muhâlün aleyhin zimmetine nakledilmesini gerektirir. Dolayısıyla onun kabul ve rızası olmadan bu nakil gerçekleşmez. Çünkü borcu ödemeyi üzerine alacak olan odur. Onun böyle bir şeyi iltizam etmesi, yüklenmesi olmadan da ödeme gereği ve sorumluluğu söz konusu olmaz. Onun borçlu olan muhile ayrıca borçlu olması, iltizam niteliğinin değişmesine engel değildir. Çünkü insanlar arasında borcu kolay veya zor ödemek bakımından farklılık vardır.

Muhalin rızasının da kaçınılmaz olmasının sebebi, borcun o kimsenin hakkı olmasındandır ve bu borç muhilin zimmetinde bulunmaktadır. Havale ile intikal edecek olan da işte onun bu alacağıdır. Borcu güzelce ödemek veya savsaklamak konusunda ise zimmetler arasında farklılık vardır. Bundan dolayı muhalin rızası

1- Bu hadisi Ahmed, *Kütüb-i Sitte* musannifleri İbni Ebu Şeybe, *el-Mu'cemü'l-Vasît*'inde Taberânî, Ebu Hureyre'den rivayet etmişlerdir. Ahmed, İbni Mace ve Tirmizî de İbni Ömer'den şu lafızla rivayet etmişlerdir: *"Zenginin borcunu ödemeyi savsaklaması zulümdür. Sen ödeyebilme gücüne sahip birisine havale edilirsen onu kabul et."* Aynı şekilde el-Bezzâr da Hz. Câbir'den şu lafızla rivayet etmiştir: *"Zenginin borcunu ödemeyi savsaklaması zulümdür. Sizden her hangi biriniz ödeyebilecek güce sahip birisine havale edilirse, o da bunu kabul etsin."* Ancak bu hadisin senedinde *zayıf* bir ravi vardır. *Nasbu'r-Râye,* IV, 59; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 250, *Mecmau'z-Zevâid* IV, 130; *Sübülü's-Selâm,* III, 61; *Neylü'l-Evtâr,* V, 236.

2- *Sübülü's-Selâm,* III, 61; *el-Muğnî,* IV, 527; *el-Mîzân,* II, 80.

3- *el-Muğnî,* IV, 521; *el-Mühezzeb,* I, 337; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 193; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 294 *Fethu'l-Kadîr,* V, 444.

kaçınılmazdır. Aksi takdirde borcunu ödemeyecek kişinin peşine takılmak ve borcunu ondan istemek zorunda bırakılması ona zarar verir.

Kudûrî, muhilin de rızasını şart koşmuştur. Çünkü mürüvvet ve erdem sahibi kimseler, üzerlerinde bulunan borcu başkalarına yüklemek istemezler. *ez-Ziyâdât*'ta bazılarının tercih ettiği görüşe göre havalenin muhilin rızası olmadan da sahih olduğu zikredilmiştir. Çünkü muhalünaleyh tarafından borcun kabul edilmesi, onun kendi nefsi hakkındaki bir tasarrufudur. Muhil ise bundan dolayı zarar görmez. Aksine böyle bir uygulama onun faydasınadır. (1)

Hanbelîlerle Zahirîler şöyle demişlerdir: Sadece muhilin rızası şarttır. Muhal ile muhalünaleyhin ise havaleyi kabul etmeleri lâzımdır. Çünkü önceden de gördüğümüz gibi bunlara göre hadis-i şerifte yer alan emir vücup içindir. Onların rızalarına itibar edilmez. (2) Yani bu konuda tamamıyla Hanefîlerin aksi kanaattedirler. Hanefîler muhalünbih (havale edilen borç)in ve muhalünaleyhin bilinmesini şart koşmakla yetinmişlerdir. Muhalünaleyhin razı olmasının şart koşulmamasının sebebi ise şudur: Muhil, alacağını bizzat kendisi veya vekili vasıtası ile tahsil etme hakkına sahiptir. Burada muhil, muhali (havale ettiği kimseyi) kabz konusunda kendisinin yerine geçirmiştir. Dolayısıyla muhalünaleyhin, (muhilin) vekiline ödeme hâlinde olduğu gibi, ona da ödemesi lâzımdır.

Meşhur görüşlerinde Malikîler ile esah görüşlerinde Şafiîlere göre: Havalenin sıhhati için sadece muhil ile muhalin rızası şarttır. Çünkü muhil hakkı dilediği yerden ödeyebilir. Belirli bir taraftan ödemek zorunda değildir. Muhalin hakkı olan alacak ise, muhilin zimmetinde bulunmaktadır. Onun rızası olmaksızın bu hak intikal etmez. Çünkü zimmetler eda ve kaza (ödeme ve tahsil) konusunda farklılık gösterir. Muhalin havaleye rızası olması ise vacip değildir. Çünkü havalenin meşruluğuna dair hadis-i şerifte gelen emir, istihbab (müstehaplık bildirmek) içindir. Dolayasıyla muhalin ihaleyi (havale edilmeyi) kabulü lâzım (zorunlu) değilidir.

Muhalünaleyhin rızası ise şart değildir. Çünkü hak ve tasarrufun yeri odur. Ayrıca muhilin başkası vasıtasıyla alacağını tahsil etme hakkı vardır. Burada ise mesele sadece bu alacağı kabzetmek için görev vermekten ibarettir. Dolayasıyla, bu hakkın üzerinde bulunduğu kişinin rızasına itibar edilmez. Tıpkı bir kimsenin borcunu kabzetmek üzere başkasına vekâlet vermesi gibidir. Muhalünaleyh, muhalden şu açıdan farklıdır: Muhalin kendisi hak sahibidir. Dolayısıyla onun rızası olmadan bu hakkı devr olunamaz. Satıcının durumunda olduğu gibi. Muhalünaleyh ise üzerinde hak bulunan kişidir. Dolayısıyla onun rızasına itibar edilmez, üzerinde bulunan hak satılan şey gibidir. (3)

1- *el-Bedâyi*, VI, 15 vd.; *Fethu'l-Kadîr, a.y.; Muhtasaru't-Tahâvî*, 102; *Reddü'l-Muhtâr*, IV, 30[illegible] vd.

2- *el-Muğnî*, IV, 522, 525, 527; *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 114; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, III, 374.

3- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 294; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 325; *el-Mühezzeb*, I, 338; *Muğni'l-Muhtâc*, I 193 vd.

Yapılan bu açıklamalardan Hanefîlerin dışında kalan cumhura göre havalenin altı rüknünün veya unsurunun olduğu anlaşılmaktadır: Borçlu olan "muhil;" aynı zamanda kendisine "muhtal" ve "havîl" adı da verilen borcun sahibi veya alacaklı olan "muhal"; muhalin alacağını ödemeyi kabul eden "muhalünaleyh" veya "muhtalünaleyh;" muhalin muhil üzerindeki borcunun kendisi demek olan "muhtalünbih" veya "muhtalünbih"; muhilin muhalun aleyh üzerindeki alacağı (deyni) ve havaleye dair "siga". [1]

2. Havalenin Şartları

Havalenin sahih olabilmesi için Hanefîlere göre ya muhil ya muhal ya muhalünaleyh ya da muhalünbih ile alâkalı bir takım şartları taşıması gerekir:

Muhilin şartları: Muhilde iki şart aranır:

1- Muhilin, akıl sahibi bülûğa ermiş olmak suretiyle akit ehliyetine sahip olması. Delinin ve aklı ermeyen küçüğün havalesi sahih olmaz. Çünkü her hangi bir tasarrufta bulunabilmek için akıl şarttır. Mümeyyiz küçüğün havalesi ancak velisinin geçerli kabul etmesine bağlıdır. O hâlde bülûğ, aktin gerçekleşmesi için değil, geçerli olması (nefâz) için şarttır.

2- Muhilin razı olması: Muhile havalede bulunmak üzere ikrah yapılırsa (zorlanırsa) sahih olmaz. Çünkü havale, temlik manasını taşıyan bir ibradır. Diğer temliklerde olduğu gibi o da ikrah ile fasit olur. [2] Bu şartı Malikîler, Şafiîler ve Hanbelîler de kabul etmekle Hanefîlere muvafakat etmişlerdir.

İbni Kemal *el-İzah*'ta şöyle der : Muhilin rızası ise ancak ona müracaat edebilmek için şarttır.

Muhalin şartları: Muhalde üç şart aranır:

1- Muhilde olduğu gibi muhalin de akte ehil, akıl sahibi olması şarttır. Çünkü onun kabulü öyle bir akitte rükündür. Akıllı olmayan ise kabule ehil kimse değildir. Ayrıca bülûğa ermiş olması da şarttır. Çünkü açıklamış olduğumuz gibi baliğ olması, aktingerçekleşmesi için değil de nefâzı (geçerli olması, uygulanabilmesi) için şarttır. Buna göre muhal bülûğa ermemişse, velisinin bu havaleyi geçerli kabul etmesine ihtiyaç vardır.

2- Rıza. Eğer muhal bu işe zorlanmışsa havale sahih olmaz; sebebi ise az önce belirtilmiştir. Bu şartta da Malikîler ve Şafiîler Hanefîlere muvafakat etmişlerdir.

3- Muhalin kabulünün havale meclisinde gerçekleşmesi: Ebu Hanife ile Muhammed'e göre bu havale aktinin şartıdır. Şayet muhal, mecliste bulunmazsa bu ha-

1- *Muğni'l-Muhtâc*, a.y.; *Fethu'l-Kadîr*, V, 443.
2- *el-Bedâyi*, VI, 16; *Mecmau'd-Damânât*, 282.

vale haberi ona ulaştığında bunu geçerli kabul etse bile bu kabul geçerli olmaz. Ebu Yûsuf'a göre ise bu, aktin nefazı yani geçerli olmasının şartıdır. Kâsanî şöyle der: "Sahih olan, Ebu Hanife ile Muhammed'in görüşüdür. Çünkü muhalin kabulü havalenin rükünlerinden birisidir." (1)

Muhalünaleyhin şartları: Muhalün aleyhte de üç şart aranır; bunlar muhaldeki şartların aynısıdır.

1- Akıllı ve bülûğa ermiş olmak suretiyle akit ehliyetine sahip olması. Çocuk ve deliye yapılan havale sahih olmaz. Çünkü burada bülûğ, aktin in'ikadının şartı kabul edilmektedir. Dolayısıyla küçüğün havaleyi kabulü kesinlikle sahih olmaz.

2- Rıza: Havaleyi kabul etmek için zorlanırsa akit sahih olmaz. Malikîler muhalünaleyhin rızasını şart kabul etmezler.

3- Kabulün akit meclisinde gerçekleşmesi. Aktin in'ikadı için Ebu Hanife ile Muhammed'e göre bu bir şarttır. (2)

Muhalünbih'in şartları: Muhalünbihte ulemanın ittifakıyla iki şart aranır: (3)

1- Muhalünbih'in borç olması, yani muhalin, muhil üzerinde bir alacağının bulunması gerekir. Eğer ortada böyle bir borç yoksa, bu akit vekâlet akti olur ve bunun hakkında vekâletin hükümleri sabit olur. Böyle bir akit havale olmaz. Buna bağlı olarak havale bizatihi mevcut aynlarda sahih olmaz; çünkü bunlar zimmette sabit olmazlar.

2- Borcun lâzım olması: -Eskiden söz konusu olan- üzerinde bulunan kitabet bedeli karşılığında mükâteb köleye yapılan havale, sahih olmaz. Çünkü böyle bir borç lâzım bir borç değildir. Zira efendinin kölesi üzerinde ödenmesi vacip olan bir borcu olmaz. Genel olarak, karşılığında kefaletin sahih olmadığı her türlü borcun havalesi de sahih olmaz.

Aynı şekilde eğer muhalünaleyhin zimmetinde bulunan muhilin alacağı, velisinin izni olmaksızın küçüğün veya hacir altındaki sefihin borcu gibi lâzım olmayan bir borç ise, havale sahih olmaz. Böyle bir borcun bağlayıcılığı olmayacağından bunlara yapılacak ihale de sahih olmaz. Çünkü küçüğün ve sefihin velisinin bunlar üzerindeki borcu iskat etme ve bir kenara bırakma (tarh etme) hakkı vardır.

Muhayyerlik hakkı ile satılmış ve değerin lüzumundan önce yapılan havale-

1- Aynı yerler.
2- *el-Bedâyi,* a.y.
3- *el-Bedâyi,* a.y. *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 295; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 335 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II 194; *el-Mühezzeb,* I, 337; *el-Muğnî,* IV, 533.

nin durumu da böyledir. Çünkü henüz böyle bir alacak (deyn), lâzım olmayan bir deyndir.

Havaleden önce muhilin muhalünaleyhin üzerinde alacağının vacip olması ise, havalenin sıhhati için Hanefîlerce şart değildir. Çünkü havalede muhilin muhalünaleyhten alacağı olması ile olmaması arasında bir fark yoktur. Havalenin mutlak veya mukayyet olması da bu konuda durumu değiştirmez.

Malikîler muhalünbih'te üç şart aramışlardır: (1)

1- Muhalünbih olan borcun vadesinin gelmiş olması,

2- Muhalün bih olan borcun miktar ve nitelik itibarıyla muhalünaleyhteki borca eşit olması. Bunlardan birisinin daha az, daha çok, daha bayağı ve daha üstün olması caiz değildir. Çünkü o takdirde böyle bir akit ihale olmaktan çıkar, alışverişe dönüşür. Böylece borç karşılığında borç söz konusu olur.

3- İki borçtan birisinin veya her ikisinin selem yoluyla alınacak bir yiyecek olmaması. Çünkü bu kabzdan önce yenecek şeylerin satılması demek olur.

Hanefîlere göre havalenin çeşitleri:

Hanefîlere göre havale mutlak ve mukayyet olmak üzere iki türlüdür:

Mutlak havale: Bir kişinin başkasının kendisindeki alacağını filan kişiye havale edip kendisinin o kişideki alacağı ile bunu kayıtlamaması ve muhalünaleyh olanın da bunu kabul etmesidir. Hanefîlerin dışında bunun caiz olduğunu kabul eden olmamıştır. Borçlunun (muhil, havaleyi yapan) muhalün aleyhin zimmetinde bir alacağı olmadığı hâldeki -ve bunu caiz gören Hanefîlerin dışında kalan üç mezhebin görüşüne göre- mutlak havale, mutlak bir kefalet olur. Bunda mevcut üç tarafın rızası da zorunludur. (Bu üç taraf alacaklı, borçlu ve muhalün aleyhtir.)

Mukayyet havale: Kişinin alacaklısını havale edip, havale ettiği kimsedeki alacağı ile bunu kayıtlamasıdır. Ulemanın ittifakı ile caiz olan havale budur. (2)

İki tür havale de caizdir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Ödeyebilecek durumda olan birisine havale edilen kişi bunu kabul etsin."* Şu kadar var ki, mutlak havale aşağıda gösterildiği üzere bazı hükümleriyle mukayyet havaleden

---

1- Tercümeye esas aldığımız baskıda metinde bu dipnotun numarası bulunmakla birlikte dipnotunda bu numara ile ilgili her hangi bir açıklama verilmemiştir. (Çeviren).

2- Hukukçu Dr. es-Senhûrî'nin görüşüne göre bunun, pozitif hukuktaki dakîk anlamı ile havale olmaktan çok, borç ödeme yollarından birisi olması daha uygundur. (*el-Vasît,* fıkra 240) Yine es-Senhûrî'nin görüşüne göre İslâm fıkhının her hangi bir mezhebi, Batıdaki manası ile borcun havalesini kabul etmediği görüşündedir. Ona göre İslâm fıkhının bir mezhebi olan Malikî mezhebi, hakkın havalesini belirli bir takım şartlarla kabul etmiştir. Diğer mezhepler ise bunu kabul etmemektedir. Malikî mezhebi de bunu borcun hibe edilmesi veya borcun borçludan başkasına satılması şeklinde kabul etmiştir. *el-Vasît,* Fıkra 240.

ayrılmaktadır: [1]

1- Havale mutlak olur ve muhilin muhalünaleyh üzerinde alacağı bulunmazsa muhal muhalünaleyhten sadece havale karşılığı olan borcu ister.

Şayet ondan alacağı bulunur ve: "Senden alacağım karşılığında bunu sana havale ediyorum" veya: "Sendeki alacağımdan buna vermek üzere sana havale ediyorum" demeyerek borcu ile havaleyi kayıtlamaz ve muhalünaleyh de bunu kabul ederse bu durumda muhalünaleyh'ten iki alacak talep edilmiş olur: Havalenin karşılığı olan alacak ile muhilin alacağı. Muhal, havalenin karşılığı olan alacağı isterken muhil de ondaki alacağını istemektedir. Bir kişinin bir kimse yanında vedia olarak bin lirası bulunursa, bin lira karşılığında da bir kişi ona havale eder ve bunu vedia olan bin lira kaydı ile kayıtlamadığı hâlde yine kabul ederse, muhilin o vediayı alma hakkı olduğu gibi; muhalünaleyhin, havale edilen bin lirayı ödemesi de görevidir.

Havaleyi onun üzerindeki alacağı ile kayıtladığı takdirde, muhilin, muhalünaleyh'ten borcunu ödemesini isteme hakkı yoktur. Çünkü o havaleyi bu deyn (yani alacak) ile kayıtlamıştır; o bakımdan bu kayıt geçerli kabul edilir, yani muhalin hakkı bu borca taalluk eder. Bu alacak ise onun yanındaki rehin gibi olur. Hakikaten bir rehin olmamakla birlikte bu, böyledir. Şayet malı (alacağı) ödeyecek olursa muhalünaleyh ile muhil arasında takas söz konusu olur. Yani muhalünaleyh muhil adına muhalünleh'e yaptığı ödemeyi muhilin borcundan düşer.

2- Eğer havale mukayyet olur ve havalenin kendisi ile kayıtlandığı borcu muhalünaleyhin ödemiş olduğu ortaya çıkacak olursa -meselâ bu borç bir mebînin semeni olup mebî istihkak edilmiş (başkasına ait olduğu ortaya çıkmış) ise- havale batıl olur. Çünkü havale borç ile kayıtlanınca, söz konusu borç havaleye taalluk etmiş olur. Borç olmadığı ortaya çıkınca da havale geçersiz olur.

Havale mutlak olur ve muhalünaleyhin borçlu olmadığı ortaya çıkarsa havale batıl olmaz. Çünkü borcun havale ile bir ilgisi yoktur. Aksine bu, zimmete taalluk etmektedir. Dolayısıyla havale batıl olmaz.

3- Havale mukayyet olur ve muhalünaleyh üzerindeki borcu muhale ödemeden önce muhil ölür ise ve muhilin üzerinde muhalin borcundan başka ödemesi gereken borçlar bulunur da muhalünaleyhden alacağının dışında her hangi bir malı da bulunmazsa, muhal, alacağını alma hususunda diğer alacaklılara göre öncelikli olmaz. Bu, Hanefî mezhebinin üç imamına göredir. Züfer'e göre ise rehinde olduğu gibi, diğer alacaklılar arasında o borçta öncelikle hak sahibi muhaldir. Züfer'e şöyle cevap verilmiştir: Havale ile rehin arasında fark vardır, o da şudur: Mürtehin tek başına rehnin karşılığını ödemeyi üzerine almak durumundadır. O bakımdan: *"Men-*

1- *el-Bedâyi,* VI, 16 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 306; *Mecmau'd-Demânât,* 282.

faat ile teminat karşılıklıdır." [1] hadisi ile amel edilerek, bu yalnızca onun tazminatını ilgilendiren bir husus olarak kabul edilir. Muhal ise bu malın gereken tazminatını tek başına yüklenmez. Dolayısıyla bu işin karşılığını alma hakkı, sadece ona ait olamaz. O takdirde onun yalnızca diğer alacaklılar ile birlikte bu alacağın paylaştırılmasında hakkı olur.

Havale mutlak olduğu takdirde, muhalünaleyhteki bütün alacaklar alınır ve muhilin alacaklıları arasında pay edilir. Muhal ise bu paylaştırmaya dahil olmaz. Çünkü böyle bir havale borca taalluk etmiş değildir. Diğer taraftan muhalin hakkı sadece muhalünaleyh nezdinde sabit olmuştur.

Hakkın havalesi

Bu, hakkın bir alacaklıdan bir başka alacaklıya nakli demektir. Bir diğer ifade ile, bir alacaklının borçlu karşısında diğer bir alacaklının yerine geçmesidir. Bir alacaklı *ayn*'la değil de zimmetle ilgili malî bir hakta, bir başka alacaklı ile yer değiştirirse bu havale, bir hakkın havalesi olur. Bu durumda alacaklı havale eden (muhil) olur. Çünkü hakkını almak için başkasını havale eden kendisidir.

Bu, borcun havalesinin tersidir, yani alacaklıya nispetle borçlunun değişmesi veya bir borçlunun bir diğer borçlu ile yer değiştirmesidir. Bu durumda ise muhil, borçlunun kendisi olur. Zira o borcunu ödemek için başkasına havale etmektedir. Daha önce de açıklamış olduğumuz gibi bu, ulemanın ittifakıyla meşrudur.

Hakkın havalesi de Bir takım İslâm hukuku ve modern hukuk hocalarının anladığı şekilde sadece Hanefîlerin dışında kalan mezheplere göre değil, dört mezhebin ittifakıyla caizdir. Çünkü Hanefîlerce meşru görülen mukayyet havale, aynı zamanda hakkın havalesini de kapsamaktadır; zira insan bu durumda bir kişiye karşı borçlu, bir başka kişiye karşı da alacaklı durumundadır. Kendisinden alacaklı olanı, kendisinin alacaklı olduğu kimseye havale eder ki, havale edilen (muhal) alacaklı, muhile karşı borçlu olan muhalünaleyhteki borcunu kabzetsin. Bu, aynı zamanda hem bir hakkın hem de borcun havalesidir.

1- Bu hadisi Ahmed, Şafiî, Ebu Dâvud et-Tayâlisî ve dört *Sünen* sahibi rivayet etmiştir. Tirmizî de *sahih* olduğunu kaydetmiştir. Ayrıca İbni Hibbân, İbnü'l-Cârûd, Hâkim, İbnü'l-Kattân da Hz. Aişe'den rivayet etmiştir. Bu rivayete göre Peygamber (a.s.): *"Menfaat tazminat karşılığındadır."* diye hüküm vermiştir. Burada sözü geçen "menfaat (hadis-i şerifte: el-harâc)" : Sağlanan gelir ve menfaat demektir. Yani müşteri satılan şeyden hasıl olan menfaate malik olur. Bu ise menfaatin sebebi olan aslın teminatı mukabilindedir. Hadis-i şerifte bulunan (be) harfi sebeplilik bildirir. Neseî'nin rivayetine göre, Resulullah (a.s.) menfaatin tazminat sebebiyle olduğuna ve tazminat altında olmayan şeyin kârını nehyettiğine dair hüküm vermiştir. Bir rivayette de şöyle denilmektedir: *"Adamın birisi bir köle satın aldı ve onu işlerinde kullandı. Daha sonra onda bir kusur gördü, bu kusur sebebiyle iade etti. Bu sefer satıcı: "Peki benim sattığım kölenin sağladığı gelir ne olacak?" deyince; Peygamber (a.s.): "O gelir onun tazminat altında olması sebebiyledir"* diye buyurdu. Bu rivayet başka lafız ile de gelmiştir. *Câmiu'l-Usûl*, II, 28-32; *Neylü'l-Evtâr*, V 213.

Hanefîlerin dışındaki mezheplerin ancak mukayyet havaleyi caiz kabul ettiklerini görmüş bulunuyoruz. Hakkın havalesi ise, mutlak bir havaledir. Onlar mukayyet havalede ayrıca, havale edilen borcun muhalünaleyh üzerinde bulunan borca nitelik ve miktar itibarıyla da eşit olmasını şart görürler. Şayet cins ve miktar olarak eşit olurlarsa havale de sahih olur. Bunlar arasında faklılık olursa havale sahih olmaz. Mutlak havale ise sadece bir borç havalesidir. Çünkü bu durumda borçlu alacaklısını bir başkasına havale etmektedir. Bu durumda borçlu değişir, alacaklı değişmez.

Mukayyet havale çerçevesi içerisinde hakkın havalesi şekillerinden bir kısmı şunlardır: Satıcının alacaklısını semenle satın almış olan müşteriye havale etmesi; (borç karşılığında) rehin alanın rehin verene havale etmesi; kadının mehri karşılığında kocasına havale etmesi; vakfın gelirinde hakkı bulunan kimsenin vakıf nazırının eline geçmesinden sonra gelirdeki hakkından alınmak üzere alacaklısını vakfın nazırına havale etmesi; taksim edilmiş ganimetteki hakkından alması için alacaklısını ganimet alan kimsenin, İslâm devlet başkanına havâle etmesi... Bütün bu misallerde aslî alacaklı olanın yerine muhal olan yeni alacaklı geçmiştir. Bu örneklerimizde aslî alacaklılar ise sırasıyla satıcı, mürtehin, kadın, vakıf gelirindeki hak sahibi veya ganimet almış olan kimsedir.

Hakkın havalesi ile ilgili olarak Hanefî mezhebinin anlaşılmasında meydana gelen karışıklığın ortaya çıkması şuradan kaynaklanmaktadır: Hanefîler havaleyi bütün hükümlerinin geçerli olacağı bir çeşit satış (bey') olarak değerlendirmezler. Aksine havale, onlara göre, bağımsız bir akittir. Karşılıklı teamülün gerektirdiği muayyen bir maksat için meşru kılınmıştır. Başka bir aktin bir fer'i durumunda değildir. Bununla birlikte bazı yönleriyle bir takım akit ve tasarruflarla benzerlikleri de bulunabilir. Havale bey'e (satışa) benzemektedir (çünkü borcu veya hakkı satmak demektir). Fakat bir satış değildir. Kefalete de benzemektedir, fakat kefalet değildir. Borcun kabzına da benzemektedir, ancak bir kabz değildir. Kabz vekâletine veya eda vekâletine de benzemekle birlikte, bir vekâlet değildir. Günümüzde "akreditif" diye bilinen işleme de benzemektedir, ama o da değildir. Teberrunun bazı niteliklerini de taşıdığı gibi, karşılıklı muavaza niteliklerini de taşımaktadır. Daha buna benzer bir takım akitlerin özelliklerini de taşıyabilmektedir. ancak havale bu benzerliklere uygun çeşitli hükümlere de sahiptir.

Hanefîlerin borçludan başkasına borcun temlîkini veya satışını caiz görmemeleri, onların hakkın havalesini kabul etmedikleri anlamına gelmez. Çünkü bir alacaklının yerine bir başka alacaklının geçmesi, onlara göre borcun borçludan başkasına temliki manasına gelmez. Çünkü havalenin gereği, borcun nakli veya borcun talep edilme hakkının yeni bir başka yere nakledilmesidir. Bu nakil, geçici bir nakil olup temlikî değildir. Ayrıca *tevâ* olmaması [1] yani muhalünaleyhin ölmemesi, iflâs etmemesi yahut da havaleyi inkâr etmemesi gerekir. Muhal de kabzettiği

1- bk. Sayfa 301/1 no'lu dipnot (çeviren).

şeyi borcunun ödenmesi olarak kabzeder ve bu, havalenin kabz ile yerine getirilmesinden sonra gerçekleşir. Bu durumda havale Hanefîlere göre satıştan başka bir şeydir.

Hakkın havalesini caiz gören Hanefîlerin dışındakilerin dayanağı ise, havale konusunda sabit olan şer'î ruhsatın mutlak olmasıdır. Bu ruhsat mutlak olduktan sonra artık bunun borç karşılığında borcun satılması suretiyle olup olmaması arasında da bir fark kalmaz.

Çünkü bu görüşlerin sahipleri, borcun borç karşılığında borçludan başka bir kimseye satılması veya hibe edilmesi meselesinde farklı görüşlere sahiptirler. Malikîlerle Şafiîler bazı şartlarla bunu caiz görürler. Bunlar bedelin kabzedilmesi veya satış meclisinde tayin edilmesinin şart olması, satılan borcun yiyecekten başka bir şey olması, semenin satılan şeyin cinsinden başka bir şey olması, satışın borçlunun hasmından başka bir kimseye yapılması gibi şartlardır. Ta ki, bu satışta hasmının ondan tahsil etme imkânına sahip kılınması suretiyle, borçluya karşı bir zora koşma söz konusu olmasın. Netice olarak bunlara göre hakkın havalesi, borcun borç mukabili satılması değildir. Hanbelîler ise bunu caiz görmezler.

Özet olarak fakihlere göre havale bir satış (bey') değildir, o özel bir akittir, şartları ve sonuçları itibarıyla alışverişten farklıdır. [1] Borcun borçludan başkasına hibe edilmesini veya satılmasını caiz kabul eden Malikîlerle Şafiîlerde ise, bu iki akitte mükemmel ve açık bir şekilde hakkın havalesi karşımıza çıkmaktadır; ancak burada kabzetmek için izin ve borcun satılması gibi bir takım ön şartların gerçekleşmesi de esas kabul edilmiştir.

3. Havaleye Dair Hükümler

Havaleye bir takım hükümler terettüp etmektedir: [2]

1- Muhilin ibra edilmiş olması: Havale kabul edildiği takdirde fakihlerin cumhuruna göre, muhil borçtan kurtulur. Borcun rehin veya kefalet gibi teminatları ise intikal etmez, aksine bunlar sona erer.

Hasan Basrî ise; muhil ibra edilmedikçe borçtan kurtulmaz, demiştir.

Hanefîlerden Züfer şöyle der: Havale muhilin ibra olmasını gerektirmez. Havaleden önce hak onun zimmetinde nasıl idiyse, havaleden sonra da öylece kalır. Züfer bu konudaki hükmü kefalete kıyas etmiştir. Çünkü bunların her birisi bir vesikalandırma aktidir.

Ancak böyle bir kıyas sahih değildir. Çünkü havale terimi "tahvil"den türemiştir ki, bu da hakkın nakledilmesi anlamındadır. Dolayısıyla havalede intikal ma-

1- *el-Mevzûatu'l-Fıkhıyye*, "Havâle" maddesi, 95-100'ncü sahifeler; *Nazariyyetü'l-İltizâm fi'l-Fıkhı'l-İslâmî*, 64 vd.

2- *el-Bedâyi*, VI, 17 vd.; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb*, II, 160.

nasının bulunması gerekmektedir. Bir şey, bir yerden bir yere intikal ettiği takdirde ilk yerinde kalmaz. Vesikalandırmanın manası ise, daha zengin ve ödemesi daha kolay olan bir kişinin seçilmesi suretiyle hakka kolaylıkla ulaşılarak gerçekleşir.

Kefalet ise zimmetin zimmete eklenmesi manasından türemiştir. O bakımdan kefalet ile havalenin her birisinin gereği ve lafzının ifade ettiği mana ne ise, onunla taalluk eder. Çünkü şer'î akitlerin hükümleri bu akitlerin sözlük manalarına uygun şekilde ele alınıp anlaşılır. [1]

Hanefî mezhebinin imamları havale ile gerçekleşen naklin keyfiyeti konusunda farklı görüşlere sahiptirler. Ebu Hanife ile Ebu Yusuf şöyle der: Havale ile nakil borçlunun zimmetinde bulunan borcun talep edilmesi hakkı ile borcun hep birlikte muhalünaleyhin zimmetine nakledilmesidir. Ancak muhalünaleyhte *teva* söz konusu olursa o vakit borç, medînin (borçlunun) zimmetine döner. *Tevâ:* Müflis olarak ölmek yahut arada delil olmamakla birlikte havalenin inkâr edilmesidir. Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre hayatta olduğu hâlde de iflâs etmek bir tevadır. Eğer alacaklı muhalünaleyhi borçtan ibra edecek olursa bu ibra sahih olur. Şayet borçlu ibra edecek olursa sahih olmaz. Muhammed şöyle der: "Havale, borç müstesna, sadece talep etme hakkının nakledilmesidir. Borcun aslı muhilin zimmetinde bakidir." Bu imamların her birisi bir takım deliller getirmiştir. Birinci grubun delili daha tercihe şayandır. Böyle olduğunu gösteren de şudur: Eğer muhil borçtan ibra edilecek veya borcu ona hibe edilecek olursa tasarruf sahih olmaz; çünkü borç artık muhalünaleyhin zimmetine intikal etmiş ve muhilin o borçtan zimmeti kalkmış bulunmaktadır. Delili de şudur: Havale nakil sonucunu verir. Çünkü nakletmek anlamına gelen tahvil'den türemiştir. O hâlde kendisine izafe edildiği şeyin nakledilmesini gerektirir ki, bu da borçtur. Tek başına sadece borcu talep etme hakkı nakledilmiş değildir.

Az önce de açıklamış olduğumuz gibi, Züfer'e göre muhalünaleyhin zimmetine de borç ne ne borcun talep edilme hakkı intikal eder. Aksine muhalünaleyhin zimmeti ile borçlunun zimmeti talep edilme hakkında bir araya gelir ve bu durumda muhalün aleyh borçlunun kefili olur.

2- Zimmetinde bulunan bir borç karşılığında muhalünaleyh üzerinde muhalin talep etme velâyeti (yetkisi)nin ortaya çıkması. Havale, zimmetinde bulunan bir borç karşılığında muhalün aleyhin zimmetine bir nakli gerektirir; bu da tercih etmiş olduğumuz üzere hem borcun, hem de mutalebe (talep etme) hakkının nakledilmesidir.

3- Muhal kendisine mülâzemet ettiği (borcu ödemesi için sıkıştırdığı) takdir-

1- *el-Bedâyi,* VI, 17; *Fethu'l-Kadîr,* V, 445 vd.; *Muhtasaru't Tahâvî,* 102; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* I\ 300; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 328; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 195; *el-Mühezzeb,* I, 338; *el-Muğnî,* IV 525.

de, muhalünaleyhinde muhili sıkıştırma hakkının ortaya çıkması. Muhal (muhalünaleyhe) mülâzemet ettiği her seferinde, muhalin kendisine mülâzemetinden kurtulmak için muhili borcu ödemesi için sıkıştırabilir. Muhal kendisini hapsedecek olursa havale muhilin emri ile olduğu takdirde ve muhilin o borcun misli olan bir alacağı muhal üzerinde bulunmuyorsa mutaalun aleyh de muhili. Bu havalenin mutlak olması hâlindedir. Şayet havale muhilin emri ile olmamışsa veya emri ile olmakla birlikte, muhilin muhalünaleyh üzerinde ihale miktarı gibi bir alacağı bulunmakta ise, yani havale mukayyet ise, muhalünaleyhin kendisine mülâzemet edilmesinde muhile mülâzemet hakkı yoktur; hapsedilecek olursa onu hapsettiremez.

4. Havalenin Sona Ermesi

Havale bazı hâllerde sona erer [1]:

1- Havalenin feshedilmesi: Havale feshedildiğinde muhilden talepte bulunma hakkı tekrar muhale (havale edilene) avdet eder. Fakihlere göre fesih, gayesine ulaşmadan önce akte son vermektir.

2- Ölüm, iflâs veya başka bir sebep ile muhalin hakkının *tevâ* [2] bulması: Bu Hanefîler görüdür. Bunun delili Hz. Osman'dan muhalün aleyh hakkında söylediği rivayet edilen şu sözdür: *"Müflis olarak ölen kimsenin (havale ile alınmak üzere) mevcut borcu, muhilin zimmetine geri döner."* Çünkü havale, muhal yani alacaklı olan şahsın hakkının sağlıklı bir şekilde elde edilmesi kaydı ile mukayyettir. Zira maksat olan budur. Dolayısıyla bu, satılan şeyde "(kusurdan) salim olmak" niteliği gibidir.

Ebu Hanife'ye göre teva, iki şeyden birisiyle olur: Ya muhalünaleyh müflis olarak ölür veya havaleyi inkâr ve yemin ile bunun olmadığını ileri sürer; muhalin de bu konuda delili bulunmaz. Çünkü hakka ulaşmaktan acz içerisinde olmak, bunlardan her hangi birisinde gerçekleşir ve hakikatte teva budur.

Ebu Yûsuf ile Muhammed şöyle der: Teva üçüncü bir şekilde de gerçekleşir, o da hayatta iken muhalünaleyhin iflâs etmesi ve hayatta iken hakimin onun iflâsına hükmetmesidir. Bu, Ebu Hanife ile Ebu Yûsuf ve Muhammed arasında ihtilâf bulunan bir kaideye dayanır. Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre hakim bir şahsın hayatta iken iflâsına hüküm verir; Ebu Hanife'ye göre ise hayatta iken iflâsa hüküm vere-

---

1- *el-Bedâyi,* VI, 18 vd. *Fethu'l-Kadîr,* V, 447; *el-Mebsût,* XX, 52; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 304 *Mecmau'd-Damânât,* 282.

2- *et-Tevâ,* sözlükte "helâk olmak, telef olmak" demektir. Istılah olarak Hanefî mezhebinin imamlarından da zikredeceğimiz üzere meselâ muhalünaleyhin iflası gibi, muhalin her hangi bir müdahalesinin söz konusu olmadığı bir sebep ile borcun tahsil edilmesine imkân olmamasıdır. [Böyle teva tahakkuk edince borç yine muhilin zimmetine avdet eder. Bk. Ö.N.Bilmen, *Hukuk-i İslâmiyye ve Istılahât-ı Fıkhıyye Kamusu,* VI, 287 İst. 1970, -Çeviren-]

mez; çünkü Allah'ın malı gider ve gelir.

Teva gerçekleştiği takdirde deynin sahibi (alacaklı) muhile müracaat eder.

Hanbelî, Malikî ve Şâfiîler'e göre, havale tamamlanıp hak intikal eder ve muhal de razı olursa, artık o hak ebediyyen muhile geri dönmez; bu hakkın elde edilmesi (istifası) ister mümkün olsun, isterse de savsaklamak, iflâs, ölüm veya başka bir sebep dolayısıyla mümkün olmasın. Havale esnasında muhalünaleyh iflas etmiş olup muhal bunu bilmese dahi muhile geri dönme hakkı yoktur. Çünkü o bu konuda gerekli araştırmayı terketmekle kusur etmiştir. Aldanarak (mağbun olarak) bir şey satın alana benzer. Şayet muhal, muhalünaleyhin ödeyebilme gücünde olması (yesâr) şartını koşmuş ve ödeyemeyecek durumda olduğu ortaya çıkmışsa, Hanbelîlerle Malikîlere göre, muhile geri döner. Çünkü Peygamber (a.s.): *"Müslümanlar şartlarına riayet ederler."* [1] buyurmuşlardır.

Malikîler ayrıca şöyle der: "Fakat ödeyecek durumu olmayan müflis birisine onu havale etmekle aldattığı takdirde, muhal muhile geri döner." Bunların genel olarak delili şudur: Saîd b. el-Müseyyeb'in dedesinin Ali (r.a.)den bir alacağı vardı. Hz. Ali onu havale etti, muhalünaleyh de öldü. Durumu ona bildirince Hz. Ali şöyle dedi: "Sen bizim aleyhimize tercihte bulundun. Allah seni uzak etti." Sadece bu havale ile onu uzaklaştırmış oldu ve onun muhîl olan kendisine müracaat hakkının olduğunu ona bildirmedi. Çünkü havale borçtan kurtulmayı (ibrayı) gerektirmektedir. Hakkın selâmeti şartından uzak (mutlak) olarak da burada havale gerçekleştirmiştir, dolayısıyla beraeti (borçtan kurtulmayı) de mutlak olarak ifade eder.

Hanefîlerin delil olarak gösterdikleri Hz. Osman'dan gelen rivayet ise, sahih değildir; sahih olsa dahi Ali'nin sözü ona muhaliftir. [2]

3- Muhalünaleyhin malı muhalünlehe ödemesi. Bununla havalenin sona ereceği açıktır. Muhalün aleyh bu malı ödediği takdirde havale son bulur, çünkü artık onun hükmü de bitmiştir.

4- Muhalin ölmesi ve muhalün aleyhin havale malına mirasçı olması. Zira mirasçı olmak, mülk edinmenin sebeplerindendir. Böyle bir durumda muhalünaleyh o borcun maliki olur. Ebu Hanife ve iki talebesine göre mukayyet havale, diğer fakihlerin aksine muhilin ölümü sebebiyle sona erer. Çünkü havalenin kendisi ile mukayyet kılındığı mal, artık muhilin terekesi arasında yer almıştır.

5- Muhalin havale edilen malı muhalünaleyhe hibe etmesi ve onun da bu hibeyi kabul etmesi.

1- Bu hadisi Tirmizî ve Hâkim, Amr b. Avf'tan rivayet etmiştir. *Nasbu'r-Râye*, IV, 112; *Sübülü's-Selâm*, III, 59; hadisin kaynakları daha önceden de belirtilmiş bulunuyor.

2- *el-Muğnî*, IV, 556; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 296; *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye*, 327; *eş-Şerhu'l-Kebîr* III, 326; *el-Mühezzeb*, I, 338; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 195 vd.

6- Muhalin, muhalünaleyhe tasaddukta bulunması ve onun da bunu kabul etmesi. Çünkü bu bakımdan hibe ile sadaka miras manasınadır.

7- Muhalin, muhalünaleyhi ibra etmesi.

5. Muhalünaleyh'in Muhile Müracatı

Burada iki husustan söz edilecektir: Rücunun şartları ve ne ile rücu edileceği.

Rücunun şartları:

1- Havale muhilin emri ile olmalıdır. Eğer onun emri ile olmazsa rücu edemez. Meselâ, bir kimse alacaklıya: "Senin filânın üzerini şu kadar alacağın var. Onu bana havale et" dese ve o da buna razı olsa bu havale caizdir. Ancak muhalünaleyh bu malı ödediği takdirde, muhile rücu edemez. Çünkü bu durumda o teberruda bulunan birisi olacaktır, ayrıca muhalin, muhalünaleyhe borcu temlik etmesi manası hasıl olmayacağından onun da rücu hakkı olmaz.

2- Havale malının ödenmesi veya muhalünaleyhin kabul etmesi hâlinde ödeme manasına gelen hibe ve sadaka gibi şeyler, aynı şekilde muhalünaleyhin muhale mirasçı olması. Çünkü miras, mülk edinmenin sebepleri arasında yer alır. Ona mirasçı olduğu takdirde, miras kalan şeyi mülk edinmiş olur. Dolayısıyla rücu hakkı olur.

Muhalünaleyhi borçtan ibra edecek olursa, muhile rücu etmez. Çünkü muhalünaleyhte her hangi bir şeyi kalmış olmayacağından rücu olmaz.

3- Muhilin, muhalünaleyh üzerinde muhali havale etmiş olduğu alacağa benzer bir alacağın olmaması. Eğer ortada böyle bir alacak varsa aralarında takas olur.[1]

Muhalünaleyhin, muhilden almak için başvuracağı havab miktarına gelince: Muhalünaleyh, muhalünbih için muhile rücu eder, ödenen miktar için değil. Kefilin durumunda olduğu gibi. Şayet nakit yerine ticarî malları verecek olursa, o da muhile nakit için rücu eder. Çünkü rücu onun için gerçekleşen mülk hükmü gereğince onun hakkı olur ve o havalenin borcuna maliktir; eda edilene değil. Bu da kefalet bölümünde zikretmiş olduğumuz gibi borcu ödemek için vekil olanın durumundan farklıdır.

Muhilin muhal ile anlaşmazlığı:

Muhal havale malını kabzetse, sonra da muhil ile anlaşmazlığa düşse ve muhil: "Senin benim üzerimde bir şeyin yoktu ve sen benim sadece kabz konusunda vekilim idin, kabzettiğin şey de benimdir" dese muhal de: "Hayır, aksine benim

1- *el-Bedâyi'* VI, 19; *Mecmau'd-Damânât*, 283.

sende alacağım bulunan meselâ bin lira için sen beni havale ettin" diyecek olsa, yemin ile birlikte muhilin sözü kabul edilir. Çünkü muhal muhilin üzerinde bir alacağının olduğunu iddia etmekte, muhil de bunu reddetmektedir. Delilin bulunmaması hâlinde ise muteber söz, yemini ile birlikte böyle bir iddiayı kabul etmeyenin sözüdür. (1)

Sufteceler (Sefâtic):

"Sefâtic" yaprak manasına gelen "suftece" kelimesinin çoğuludur. Bu yol tehlikesinden yana emin olmak gayesiyle bir kişinin, ticaretle uğraşan birisine bir başka beldedeki arkadaşına ödemesi için borç olarak belirli bir meblağ vermesidir. Hanefîlere göre bu, tahrimen mekruhtur. Çünkü hakikatte bu, karz veren kimsenin yol tehlikesinden yana emin olmak gibi bir fayda sağladığı bir borçtur. Bu ise karz hesabına elde edilen bir çeşit menfaattir. Resulullah (a.s.) ise her hangi bir menfaati sağlayan karzları yasaklamıştır. (2) Böyle bir uygulamanın mekruh olması yoldaki bir takım tehlikelerin bir şart olarak ortaya konulması hâlindedir. Eğer karz akdinde karz veren kişi her hangi bir şart koşmaksızın bu karz gerçekleşecek olursa, yani bu malın havale ve benzeri bir usulle bir başka beldede ödenmesi şartı koşulmazsa bu karz caiz olur. Aynı şekilde bir başka beldede teslim edilmek üzere malı ona emanet olarak vermesi hâlinde de caizdir. (3)

1- *el-Bedâyi*, a.y.; *Fethu'l-Kadîr*, V, 449; *el-Mebsût*, VII, 57; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, IV, 305.

2- Bu hadisi el-Hâris b. Ebu Üsâme, Ali (r.a.)'den rivayetle şöyle demiştir: *"Resulullah (a.s.) şöyle buyurdu: "Beraberinde bir menfaat getiren her bir borçlanma faizdir."* Muhaddisler senedinde Sivar b. Mus'ab'ın bulunmasını *illet* olarak göstermişlerdir. Sivâr *metrûk* bir ravidir. Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*'da İbni Mes'ud'dan Übeyy b. Ka'b ve Abdullah b. Selâm ile İbni Abbâs'tan bunlara mevkufen rivayet etmiştir. İbni Adiyy, *el-Kâmil*'de Câbir b. Semura'dan şöyle dediğini rivayet etmektedir: *"Resulullah (a.s.) buyurdu ki: "Sufteceler haramdır."* Bu hadis de senedinde bulunan bir ravi sebebiyle *illetli olduğundan* zayıftır. *Nasbu'r-Râye*, IV, 60; *et-Telhîsu'l-Habîr* 245.

3- *el-Kitâb, ma'a'l-Lübab*, II, 262.

REHİN

1. Tarifi, Meşruluğu, Rüknü, Unsurları ve Hâlleri:

Tarifi: Rehin, lügatte "sabit olma ve devam etme" manasına gelir. O bakımından durgun su manasına "râhin" ve sabit bir durum manasına da "hâletun râhine" denilir. Diğer bir manası ise "bir şeyi hapsetmek, alıkoymak ve ayırmamak"tır. Şanı yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Her bir nefis kazandığı şeyler mukabilinde rehinedir."* (Müddessir, 38) Yani hapsedilmiş ve alıkonulmuş, demektir. Göründüğü kadarıyla hapiste de devamlılık ve sebat manası vardır. Bu manalardan birincisi ikincisinin ilerlemiş şeklini ifade eder. Yine göründüğü kadarıyla ilk manası hapsetmektir. Çünkü bunun ifade ettiği maddî mana budur. Durum her ne olursa olsun, şer'î manası lügat manası ile ilişkili bulunmaktadır. "Rehin" kelimesi sözlükte "merhun" şey hakkında da kullanılır; bu da mefule mastar manası vermek türünden olup, borca karşı bir çeşit belge ve vesika hükmündedir.

Şer'an rehin akti [1] bir hak karşılığında o hakkı kendisinden elde etmenin mümkün olduğu bir şeyi hapsetmek, alıkoymaktır. Yani şeriat nazarında değeri olan bir aynî eşyayı -borcun zamanını veya bir kısmını bundan karşılamak mümkün olacak şektilde- bir borç karşılığı teminat olarak vermektir. Yahut da rehin, mal karşılığı bir vesika aktidir. Yani bir şahsın zimmeti ile değil de, bir mal almak sureti ile yapılan akittir. Böylelikle kefaletten ayrılmaktadır. Çünkü kefalette tevessuk (güven sağlama, belgelendirme) kefalet ile olmakta; alacaklının kabzettiği bir mal ile olmamaktadır.

"Vesika", kendisine güven duyulan, sağlamlığından emin olunan demektir. Rehin bırakılan ayn ile borç vesikalandırılmış ve sağlam bir teminata sahip olunmuş olur. Vesikanın malî bir kıymet taşıması kaydı ile giderilmesi mümkün olma-

---

1- *el-Lübâb,* II, 54; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 339; *el-Mebsut,* XXI, 63.

yacak şekilde bir pislikle kirlenmiş olan veya bizzat kendisi pislik olan aynlar kapsamın dışında bırakılmış oluyor. Bu gibi şeylerin borca karşı bir vesika olmaları caiz değildir.

Şafiîlere göre [1]: "Bir aynı bir borç karşılığında, ödenmesine imkân olmaması halinde, ondan alınması mümkün olacak şekilde vesika olarak bırakmak demektir." "Bir aynı vesika olarak bırakmaktır" şeklindeki sözleri, menfaatlerin rehnedilmesinin caiz olmadığını ifade eder, çünkü menfaatler telef olur; dolayısıyla menfaatler ile istisâk (belgelendirme) gerçekleşmez.

Hanbelîlere göre [2]: "Borçlu kimseden borcun tahsil edilmesine imkân olmadığı zaman, kıymetinden borcun tahsil edilebilmesi için borç karşılığında bir vesîka olarak bırakılan mal"dır.

Malikîlere göre [3] "Lâzım bir deyn (borç) veya lâzıma dönüşmüş bir deyn karşılığında, onun vasıtası ile vesikalandırmak maksadıyla mal edinilebilen bir şeyi sahibinden almak" demektir. Yani bir kimse ile akar, hayvan, ticaret malları veya her hangi bir menfaati almak üzere akitleşmek demektir. Alınan bu menfaat, zaman olarak veya iş olarak tayin edilmeli ve borçtan hesapedilmek şartı ile olmalıdır. Ayrıca bu borcun, satılan bir şeyin değeri yahut borcun bedeli veya telef edilen şeyin bir kıymeti gibi lâzım (bağlayıcı) bir borç (deyn) olmalı veya sonradan lâzım sıfatını elde etmelidir. Bir sanatkâr veya ödünç alan birisinden kaybolma iddiası ile karşı karşıya kalma korkusuna mukabil rehin alma hâlinde olduğu gibi. Bu durumda kıymet karşılığı verilen bu rehin, sonradan lüzum olması hâlinde (borcun karşılığı olarak) alınmış olur.

Malikîlere göre "almak"tan maksat, fiilen yapılan teslim değildir. Çünkü fiilen teslim onlara göre rehin aktinin gerçekleşmesinde, sıhhat veya lüzumunda şart değildir. Aksine rehin akdi siga ile yani sırf *icap* ve *kabul* ile mün'akit olur, sahih ve lâzım olur. Bundan sonra mürtehin rehin alan rehni almak talebinde bulunabilir.

Genel Olarak Rehnin Niteliği: Rehin, teberru türü akitlerden bir akittir. Çünkü râhin (rehin veren)'in mürtehine (rehin alana) verdiği şey, her hangi bir şey karşılığında değildir. [4] Diğer taraftan rehin, aynî akitlerdendir. Aynî akitler ise üzerinde akit yapılan ayn'ın teslimi gerçekleşmedikçe iltizamı (bağlayıcılığı) tamam kabul edilmeyen akitlerdir. Bunlar hibe, iare, ida, karz ve rehin akitleridir. Bu akitlerin tamamlanması için kabzın şart olmasının sebebi, bunların teberru akti olmalarından dolayıdır. Kaide ise: "Teberru, ancak kabz ile tamamlanır" şeklindedir. Dolayısıyla kabzdan önce aktin etkisi yok kabul edilir. Kabzın gerçekleşmesi ile, aktin

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 121; *Haşiyetü'ş-Şerkavî -Tuhfetu't-Tullâb üzerine-* II, 122, 124.
2- *el-Muğnî,* IV, 326.
3- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 303 vd., 325.
4- *Reddü'l-Muhtâr,* V, 340.

ctkileri ortaya çıkar.

Meşruluğu ve Hükmü : Rehin Kur'an, sünnet ve icma ile meşrudur. Kur'ân-ı Kerim'de yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Eğer yolculukta olup yazacak bir kimse bulamazsanız bu sefer kabzedilen bir rehin alınız."* (Bakara, 283)

Mücahid'e ve Zahirî mezhebine hilâfen rehin, fakihlerin ittifakıyla ikamet durumunda da seferde de caizdir. (1) Çünkü sünnet-i seniyyede bu aktin meşruluğu mutlak olarak ifade edilmiştir. Ayet-i kerimede zikredilen "yolculuk" ise çoğunlukla, yolculukta böyle bir şeye ihtiyaç duyulmasındandır. Çünkü sünnette rehnin caiz olduğunu belirten ifadeler mutlaktır. Buna göre ayet-i kerime, kendileri için borcu yazacak bir yazıcının bulunmaması hâlinde, kolaylaştırılmış bir belgelendirme yolunu insanlara göstermiştir.

Sünnet-i seniyyede meşruluğunun delillerine gelince: Buharî ve Müslim'in Hz. Aişe'den rivayetlerine göre *"Resulullah (a.s.) bir Yahudi'den bir miktar buğday ve arpa satın almış ve bunun karşılığında demirden bir zırhı onda rehin bırakmıştır."* (2) Enes (r.a.)'in de dediğine göre: *"Resulullah (a.s.) Medine'de bir Yahudi'ye bir zırh vermiş ve bunun karşılığında aile halkı için arpa almıştır."* (3)

Yine Ebu Hureyre'nin rivayetine göre Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Binek rehin olduğu takdirde ona yapılacak masraf karşılığında ona binilir. Aynı şekilde sağmal bir hayvan rehin olduğu takdirde ona yaptığı masraf karşılığında sütünü içebilir. Binen ve sütünü içerek ondan yararlanan kimseye de bunun masrafını karşılamak düşer."* (4)

Yine Ebu Hureyre'den gelen rivayete göre Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Rehin edilen mal, onu rehin veren sahibinden (mülkiyetinden) çıkartılarak alıkonulmaz. O malın menfaati de sahibine aittir, zararı da onun üzerindedir."* (5) Hadis-i şerifte geçen (ğalku'r-rehn) rehnin alıkonulması; rehin verenin onu kurtarmaktan acze düşmesi sebebiyle rehin alan (mürtehin)'ın ona hak kazanması manasınadır. Yani böyle bir durumda rehin, şart koşulan vakitte sahibi tarafından geri alınamadığı takdirde, sahibinin mülkünden çıkarak mürtehin (rehin alan)'in hakkı olmaz. Bu hüküm ile cahiliye devrinde yapılan bir uygulama reddedilmiş olmaktadır. Eğer rehin veren kişi, tayin edilmiş bulunan vakitte rehin alana hakkını vermeyecek olursa, rehin alan da bu rehni mülkü edinirdi. Şerîat sahibi Nebiy-yi Ekrem (s.a.v.) bu uygulamayı iptal etmiştir.

1- *el-Muğnî,* IV, 327; *el-Mühezzeb,* I, 305; *el-Bedâyi',* VI, 135; *Bidayetü'l-Müctehid,* II, 271; *el Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 323; *el-İfsâh,* I, 238; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 307 vd.

2- Bu hadis ve bundan sonrakiler içi bk. *Nasbu'r-Râye,* IV, 319 vd.; *Neylü'l-Evtâr,* V, 233.

3- Bu hadisi Ahmed, Buharî, Neseî ve İbni Mace rivayet etmiştir.

4- Bu hadisi Ahmed, Buharî, Ebu Dâvud, Tirmizî ve İbni Mace rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 234.

5- Şafiî ve Darekutnî rivayet etmiş olup Darekutnî: "Bu *hasen* ve *muttasıl* bir isnaddır" demiştir.

Rehnin meşru kılınmasının hikmeti borçların belgelendirilmesi sağlama alınmasıdır. Nasıl kefalet borcun şahsî bir yolla belgelendirilmesi ise, rehin de borcun malî yolla belgelendirilmesidir. Böylelikle borçlanma işlemi kolaylaştırılmış oluyor. Rehin, alacaklı kişiye diğer alacaklılar arasında imtiyaz veya üstünlük hakkını vermek suretiyle de fayda sağlar.

Şer'an Rehnin Hükmü: Rehin, ittifakla caiz olup vacip değildir. Çünkü bu, borç karşılığında bir vesikadır. Kefalet vacip olmadığı gibi bu da vacip değildir. Şanı yüce Allah'ın: *"Kabzedilen bir rehine"* (Bakara, 283) buyruğu, müminlere bir irşat emridir; onlara bunu vacip kılıcı bir emir değildir. Bunun delili ise bundan sonra yüce Allah'ın şu buyruklarıdır: *"Eğer biriniz diğerinize güvenirse kendisine güvenilen kişi emanetini (borcunu) eksiksiz ödesin?"* (aynı ayet) Diğer taraftan yüce Allah rehin almayı, yazıcının bulunmaması hâlinde emretmiştir. *"Birbirinize güvenirseniz"* ifadesinin delili ile yazmak vacip olmadığına göre, onun yerini tutan rehin de böyledir. [1]

Rehnin Rüknü ve Unsurları:

Rehnin dört unsuru vardır: Râhin, mürtehin, merhun ve merhunun bih. *Rahin:* Rehin veren; *mürtehin:* Rehin alan; *merhun* veya *rehin:* Borca karşılık bir vesika (belge, teminat, güvence) olmak üzere verilen mal; *merhununbih* ise borçtur.

Hanefîlere göre: [2] Rehnin rüknü diğer akitlerde de olduğu gibi râhin ve mürtehin tarafından yapılan icap ve kabuldür. Ancak kabz olmadıkça rehin ne tamamlanır, ne de bağlayıcı olur. Bu kabz ya tahliye veya nakil yoluyla gerçekleştirilir. Mesela râhinin: "Bendeki alacağın karşılığında ben sana bu şeyi rehin verdim" veya "Sana olan borcuma karşılık bu şey rehin olsun" vb. sözler söylemesi; buna karşılık mürtehinin de: "Rehin aldım, kabul ettim, razıyım" vb. sözler söylemesi ile olur. Bu esnada "rehin" sözünün kullanılması şart değildir. Birkaç dirhem mukabilinde bir şey satın alsa ve satıcıya her hangi bir şey teslim etse ve: "Sana parasını verinceye kadar bunu yanında alıkoy" diyecek olsa, rehin akti gerçekleşmiş olur. Çünkü akitlerde itibar manalaradır.

Hanefîlerin dışındakilere göre: [3] Rehnin dört rüknü vardır: *Siga, âkit* (akti yapan), *merhun* ve *merhununbih.*

Bütün akitlerde rükün meselesinde Hanefîlerle diğer mezhepler arasındaki görüş ayrılıkları bu şekildedir. Cumhurun anlayışına göre rükün, Hanefîlerin rükün anlayışına göre daha geniş bir mana taşır. Hanefîlere göre rükün, bir şeyin bir parçasıdır, o şeyin varlığı o parçaya bağlıdır. Çünkü bazı parçalar vardır ki onlar olmadan

1- *el-Muğnî,* IV, 327; *Keşşâfu'l-Kınâ,* I, 307.

2- *el-Bedâyi,* VI, 135; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 340; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 189 vd.; *Tebyînü'l Hakâik,* VI, 63; *el-Lübâb Şerhü'l-Kitâb,* II, 54.

3- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 304 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 121; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 307 vd.

bir şeyin varlığı söz konusu olmaz. Bazı parçalar da vardır ki, onlar olmadan da bir şeyin varlığı mümkündür. Cumhura göre ise rükün, bir şeyin varlığının o şeye bağlı olması ve o olmadan da düşünülememesi demektir. O şeyin ondan bir parça olması ile olmaması arasında fark yoktur. Buna göre âkit (akti yapan) bir rükündür. Çünkü âkit olmadan akit düşünülemez. Âkit, aktin kendisinden bir parça olmasa dahi bu böyledir. Hanefîlere göre ise âkit, aktin şartları arasında sayılır.

Rehnin Hâlleri: Üzerinde ittifak edilmiş nehnin üç hâli vardır: (1)

a) Borcun meydana gelmesine sebep teşkil eden akit ile birlikte olması. Satan kimsenin veresiye satın alan müşteriye satılanın bedeli karşılığında belirli bir süre içerisinde bir rehni teslim etmesini şart koşması. Mezheplerin ittifakıyla bu sahihtir. Çünkü böyle bir işleme ihtiyaç vardır.

b) Hakkın gerçekleşmesinden veya borcun meydana gelmesinden sonra olması. Bu da ittifakla sahihtir; çünkü böyle bir borç sabit bir borç olup, buna karşılık bir belgenin alınması ihtiyaç gereğidir. O halde teminat (kefalet)'ta olduğu gibi, bu rehni almak da caiz olur. Nitekim *"Kabzedilen bir rehin"* ayeti buna işaret etmektedir. Çünkü burada rehin yazışmanın yerini almaktadır. Yazışma ise hakkın vücubundan sonra gerçekleşir.

c) Hakkın meydana gelmesinden önce vaki olması; meselâ: "Senin bana borç vereceğin yüz lira karşılığında şu malımı sende rehin bıraktım" demek gibi. Malikîlerle Hanefîlere göre bu sahihtir. Çünkü bir hak karşılığında verilen bir vesikadır. Dolayısıyla hakkın vücubundan önce bunun akti de caiz olur; kefalette olduğu gibi. Nitekim akte uygun olan da budur. Ancak Şafiîlerle Hanbelîlerin zahir görüşlerine göre sahih değildir. Çünkü onlara göre hakka dair vesika, hakkın meydana gelmesinden önce lâzım olmaz; şehadette olduğu gibi. Çünkü rehin hakka tabidir, ondan önce varolamaz.

2. Rehnin Şartları

Rehnin akit şartları, sıhhat şartları ve kabzedilmesi demek olan lüzum şartı vardır.

1- Âkitler (taraflar)'de aranan şartlar:

Rehin aktinde bulunan iki tarafta (râhin ve mürtehinde) aşağıdaki şartlar aranır: (2)

Ehliyet: Hanefîlere göre burada ehliyetten maksat satış ehliyetidir. Satış yapması sahih olan herkesin rehin akdi de sahih olur. Çünkü rehin de satışta olduğu gi-

---

1- *el-Muğnî,* IV, 327; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 127; *el-Mühezzeb,* I, 305; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 308; *Haşiyetü'd-Desûkî,* III, 245.

2- *el-Bedâyi,* VI, 135; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 268; *Haşiyetü'ş-Şerkavî,* II, 123; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III 309; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 264 vd., 292.

bi, malî bir tasarruftur. Dolayısıyla satış akti taraflarında göz önünde bulundurulması gereken hususların rehin aktini yapan taraflarda da göz önünde bulundurulması gerekir. Rehin akti yapan taraflarda akıl veya temyiz şartı aranır. Deli ile mümeyyiz olmayan veya aklı ermeyen çocuğun rehin vermesi ve rehin alması caiz değildir.

Bülûğa ermiş olma şartı yoktur. Buna göre ticaret yapmasına izin verilmiş (mezûn) küçüğün rehni caiz olur. Çünkü rehin de ticaretin tabiî işlerindendir. Mümeyyiz küçüğün ve sefihin rehni -velisinin geçerli kabul etmesine bağlı olarak- sahihtir.

Hanefîlerin dışındakilere göre ehliyet, satış ve teberru ehliyetindeki gibidir. Buna göre satış ve teberrusu sahih olan kimsenin rehni de sahihtir. Çünkü rehin vacip olmayan bir teberrudur. Buna bağlı olarak cebir altında kalanın rehni sahih olmaz; baliğ olmayan küçüğün, delinin, sefihin ve müflisin de rehni sahih değildir. Baba veya dede olarak veli tarafından, vasi tarafından veya hakim tarafından rehin, ancak kâsır (kendi işlerini menfaatine uygun idare edemeyen kimse) hakkında söz konusu olabilecek açık bir maslahat veya bir zaruret sebebi ile sahih olabilir. İleride elde etmeyi beklediği mahsulden ödemek üzere yiyecek ihtiyacını karşılamak için veya borcunun vadesinin gelmesi ya da piyasada kesada uğrayan bir malın revaç bulması sebebiyle borç almak şartıyla rehin vermek zaruret halinin örnekleridir. Talan edilmesi ve benzeri bir zaruretle başkasına borç verme veya veresiye satma karşılığı rehin alma da böyledir.

Kâsır kişinin açık menfaatine misal de; vadesi gelmiş iki yüz lira değerinde olup vadeli yüz liraya satın aldığı şeyin bedeli karşılığında, yüz lira değerinde herhangi bir şeyi rehin olarak vermesi ve açık bir menfaat ile vadeli olarak sattığı şeyin bedeli karşılığında rehin alması halidir.

Veli veya vasi rehin verecek olsa, ancak güvenilir, hain olmayan, ödeme gücüne sahip bir kimseye şahitler önünde rehin verir. Örfen borç için tayin edilen vade de kısa olmalıdır. Bu şartlardan her hangi birisi bulunmayacak olursa rehin caiz olmaz. [1] Veli veya vasinin velâyeti altında bulunan maldan yabancıya olan kendi borçlarına karşılık rehin vermeleri sahih değildir. Çünkü böyle bir rehin işleminde velâyetleri altındaki kişinin bir menfaati yoktur.

Hanbelîler bu hükmü şu iki şartla ifade ederler: Rehnin güvenilir bir kimse yanında olması ve kâsır ehliyetlinin bu rehinden bir menfaatinin olması. Yani böyle bir rehin için günlük ihtiyaçlarını, nafakasını, giyimini yahut da tahrip olmuş akarının ıslahını veya hayvanlarının bakımını karşılamak gibi bir ihtiyacı görülmelidir. [2] Babanın kendi malından çocuğunun lehine rehin vermesi ile çocuğundan kendisi lehine rehin verme hakkı vardır. Şafiîlere göre dede de her ikisinde de yeterince şef-

1- *Haşiyetü'ş-Şerkâvî*, II, 123; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 122.
2- *el-Muğnî*, IV, 359; *Keşşâfu'l-Kınâ*, III, 319.

kat olduğu için baba gibidir.

Hanefilere göre veli ile vasînin küçüğün malından rehin vermesi:

Bunda üç durum söz konusudur: Küçüğe ait bir borç karşılığında küçüğün malının rehin verilmesi, veliye ait bir borç karşılığında küçüğün malının rehin verilmesi ve bülûğdan sonra rehin karşısında küçüğün konumu. [1] Hanefilerin dışındaki mezheplere göre kâsır ehliyetlinin malını rehin vermenin hükmünü görmüş bulunuyoruz.

a) Borçları karşılığında küçüğün veya delinin malının rehin verilmesi:

"Kâsır ehliyetlinin (küçük, deli ve benzerlerinin) giyimi, yiyeceği yahut da malında ticaret yapmak sebebi ile kâsırın adına alınmış bir borç mukabilinde onun malından rehin vermek veli, vasi veya kayyımın yetkisindedir. Çünkü ihtiyaç için borç almak caizdir. Ticaret de kâsırın malını artırmak maksadıyla yapılır. Rehin ise bir hakkı ödemek içindir; o hâlde caizdir.

Şayet kâsıra borç veren kişi, baba veya dede olursa yahut da borçlu ve alacaklının her birisi kendi velâyeti altında bulunuyorsa, aktin her iki tarafını velinin kendisinin üzerine alıp temsil etmesi caizdir. O zaman birinci duruma göre velâyeti altında bulunana vekâleten rehin verici (râhin) olur, kendisi adına da mürtehin olur. İkinci halde ise velâyeti altındakilerin birisinin adına râhin diğerinin adına da mürtehin olur. Çünkü onlara karşı yeterince şefkat sahibi olacağından aynı zamanda iki kişinin yerindedir ve onun kullanacağı ifadeler kâsırın malını kendisine satması halinde olduğu gibi iki ifadenin yerini tutar.

Ancak hakim ve vasi için böyle bir şey caiz değildir. Çünkü bunların babaya nisbetle şefkatleri azdır ve bunların her ikisi de sadece bir vekildir. Zaten esas kaide de tek bir kişinin aktin iki tarafını temsil edemeyeceğidir. Bu, satış, rehin vb. akitlerde aynıdır.

b) Veliye ait bir borç karşılığında kâsırın malını rehin vermek:

Ebu Hanife ile Muhammed'e göre istihsan delili, babanın, dedenin veya vasinin velâyeti altında bulunanın malını kendisine ait borç karşılığında alacaklısının yanında rehin vermesinin caiz olmasını gerektirir. Çünkü veli veya vasi velâyeti altında bulunanın malını emanet olarak verebilir. Rehin verilmesi ise emanetten evlâdır. Çünkü yanında emanet bırakılan (vedi) emindir, yalnızca her hangi bir haksızlık veya kusur yapması halinde tazminat öder. Yanında rehin bırakılan mürtehin ise, isterse bir haksızlık veya kusur sebebiyle olmasın, rehnin yanında telef olması hâlinde onun tazminatını öder.

Ebu Yusuf ve Züfer'in görüşü olan kıyasa göre ise veli veya vasinin kendileri-

1- *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 72 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 209 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 352, 364.

ne ait bir borç karşılığında kâsırın malını rehin vermeleri caiz değildir. Çünkü bunlar ödemeleri gereken borçlarını velâyetleri altında bulunanların malından ödeme imkânına sahip değildirler. Velâyetleri altında bulunan kimselerin mallarını rehin vermek ise, hükmen kendi borçlarını ödemek gibi olduğundan, hakikaten ödeme nasıl yasaklanmışsa bu da öylece yasaktır.

İstihsana göre amel ederek bu durumda rehin caiz olsa, sonra da alacaklının yanında bu rehin telef olsa, veli kendisinin velâyeti altında bulunan kimseye rehnin kıymeti veya borçtan hangisi daha az ise o kadar tazminat öder, ona her hangi bir ziyadede bulunmaz. Vasi ise bütün hallerde rehnin kıymetini tazmin eder. Çünkü baba veya dede, küçüğün malından yararlanma hakkına sahiptir. Ancak vasinin böyle bir yararlanma hakkı yoktur.

Baba veya dede küçüğe olan borcu karşılığında kendi malını küçük çocuğuna rehin bırakabilir. Veli küçük adına bunu yanında alıkor. Ancak böyle bir rehin vasi için caiz değildir.

Sözü geçen durumun aksi de veli için caizdir: O da küçükten alacağı karşılığında küçüğe ait malı yanında alıkoymasıdır. Çünkü gerekli şefkate sahip olduğundan dolayı veli iki kişi durumunda kabul edilmiştir; onun ibaresi iki kişinin, yani icap ve kabul ibarelerinin yerine geçer. Küçük çocuğunun malını satın alması hâlinde olduğu gibi. Ancak vasi için böyle bir rehin caiz değildir. Çünkü vasi sadece bir vekildir. Ne rehinde, ne satışta, ne de buna benzer farklı haklara sahip akitlerde, yani akit yapan tarafların her ikisinin varlığını gerektiren akitlerde aktin iki tarafını tek başına üstlenemez.

c) Bülûğdan sonra rehne karşı küçüğün durumu:

Küçük bâliğ olur veya hacrin arızî sebebi ortadan kalkar da malının bir kısmının rehin olduğunu görürse, borcunu ödemedikçe rehni iptal etmek ve rehnedileni almak hakkı yoktur. Çünkü velinin o rehindeki tasarrufu geçerli ve lâzım (bağlayıcı) bir surette meydana gelmiş ve bu, böyle bir akti yapma velâyetine sahip kişi tarafından yapılmıştır. Bu rehin ister küçüğe ait bir borç karşılığında olsun, ister velinin kendi borcu karşılığında olsun durum değişmez.

Şayet küçüğün rehindeki malından veliye ait olan borç ödenirse veya râhin rehini kurtarmadan önce rehin telef olursa, bülûğdan sonra küçüğün velinin malında tabiî olarak rücu hakkı doğar ve hakkının ödenmesini ister. Çünkü o kendisine ait olan mülkü canlandırmak zorundadır, veli ister hayatta olsun, ister ölmüş olsun, kendi haklarını muhafaza etmelidir. Böyle bir durum da malını başkasına ödünç olarak verip ödünç alanın da üçüncü bir şahsa borcu mukabilinde rehin olarak vermesine benzer. Bu durumda ödünç veren kişi, zaruret hâlinde rehnini almak hakkına sahiptir. Bunu da ödünç alanın borcunu ödeyerek yapar, ondan sonra da ödediği borç karşılığında müsteîre (ödünç alana) müracaat eder.

Rehin taraflarının birden fazla olması:

Rehin veren veya rehin alan birden fazla olabilir. Meselâ, iki kişinin borçları mukabilinde bir başka kişinin yanında bir rehin bırakmaları veya bir kişinin borcu karşılığında iki kişiye rehin bırakması hâlinde olduğu gibi. Her iki durumda da rehin sahihtir. Çünkü Hanefîlere göre rehinin sıhhatine engel bir şuyû (malda birden fazla kişinin hakkı bulunması)nın varlığı söz konusu değildir. [1] Çünkü rehin verenin birden çok olması hâlinde şüyu söz konusu olmaksızın rehin alandan merhunun kabzı gerçekleşir. Bu durum bir kişinin bir kişiye rehin vermesi gibidir. Mürtehinin birden çok olması hâlinde ise rehin, rehin bırakılan ayn'ın tümüne tek bir akitte izafe edilmiş olur. Rehnin muktezası (veya mucibi) ise, borç karşılığı rehin alınanın (merhunun) alıkonulmasıdır. Alıkonulmak ise parçalanma kabul etmez, dolayısıyla rehin, rehin verenlerin her birisinin borcu karşılığında hapsedilmiş olur.

Ancak bir kişinin, iki kişiye hibede bulunmasında durum böyle değildir. Hanefîlere göre böyle bir hibe caiz olmaz. Çünkü hibeden maksat temellüktür. Hibe edilmiş bir tek şeyin ise, kendilerine hibe edilen iki kişinin tam manasıyla ve bağımsız mülkleri olması düşünülemez. Dolayısıyla hibe edilen şeyin, hibe edilen tarafından temellükünün düşünülebilmesi için, hibe edilenin paylaştırılması kaçınılmaz bir durumdur.

Rehinde tarafların birden fazla olması hakkındaki hükümler şöyledir:

a) Rehin verenlerin birden çok olması hâlinde rehin, borcun tümü karşılığında sahihtir. Mürtehin, rehin veren her iki kişideki karşılığını tamamıyla alıncaya kadar rehnedilen şeyi hapsetme (yanında alıkoyma) hakkına sahiptir. Rehnedenlerden her hangi birisi borcu kendisine ait kısmını ödeyecek olursa, rehinden her hangi bir şeyi kabzedemez; çünkü bu durumda rehnedilen şeyi alıkoyma konusunda mürtehin aleyhine akdi bölmek söz konusudur.

b) Rehin alanların (mürtehinlerin) birden çok olması hali: Aynı şekilde rehnedilen şeyin tümü mürtehinlerin her birisinin yanında borcu karşılığında alıkonulmuş kabul edilir. Bundan maksat, rehin ortada olduğu sürece rehin verenin borcunu ödeme durumunda bırakılmasıdır. Rehin veren kişi mürtehinlerden birisinin alacağını ödeyecek olursa rehnedilen ayn'ın tümü öteki mürtehinin elinde rehin olur ve bu da alacağını alıncaya kadar mevcut durum devam eder. Çünkü her hangi bir ayırma veya parçalama söz konusu olmaksızın ayn tümü ile her birisinin elinde rehindir.

Mürtehinlerin yanında rehnedilen şeyin hapsedilme (alıkonulma) keyfiyeti şöyledir: Eğer merhun (verilen rehin) parçalara ayrılabiliyorsa mürtehinlerin her birisi yarısını alıkor. Onlardan birisi merhunun tümünü öbürüne teslim edecek

1- *Tebyinü'l-Hakâik,* VI, 78 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 354 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 21[illegible] vd.; *el-Lübâb,* II, 63 vd.

olursa, Ebu Yusuf ile Muhammed'in hilâfına Ebu Hanife'ye göre onun tazminatını öder. Şayet rehnedilen şey parçalara ayrılamaz cinsten ise rehin alanlar muhayee [1] yoluyla bunu alıkoyarlar. Bu şekilde muhayee ile (nöbetleşerek) rehni yanlarında alıkoydukları takdirde, onların her birisi kendi sırası geldiğinde ötekine karşı âdil bir kimse durumunda kabul edilir.

Merhun telef olacak olursa rehin alanların her birisi bu merhundan borcunun hissesini almış kabul edilir. Çünkü bu şekilde borcun istifası (alınması) parçalanma kabul etmez. Böyle bir telef hâlinde, eğer râhin (rehin veren) onlardan birisinin alacağını ödemiş ise, ödediğini geri ister. Çünkü onların her birisinin rehni bakidir ve rehnedilen şey rehneden kimseye dönünceye kadar böyledir. Çünkü mürtehinlerin her birisi merhunun parçalara ayrılmaz olması hâlinde, öbür mürtehine göre âdil kişi durumundadır.

2- Siganın şartları:

Hanefilere göre: Rehin sîgasında Hanefîler [2] rehnin bir şarta bağlı olmamasını veya gelecek bir zamana izafe edilmemesini şart koşmuşlardır. Çünkü rehin, borcun ödenmesine ve tahsil edilmesine giden bir yol olması bakımından akde benzemektedir. Dolayısıyla bu aktin bir şarta bağlanması veya geleceğe izafe edilmesi mümkün değildir; aksi takdirde alışverişte olduğu gibi fasit olur. [3]

Eğer rehin ile birlikte fasit veya batıl bir şart bulunursa rehin sahih, şart batıl olur. Çünkü rehin malî bedelli akitlerden değildir. *ez-Ziyâdât* ile *el-Bezzâziye*'de belirtildiğine göre fasit şartlarla batıl olmaz; çünkü hibe seviyesinde bir teberrudur; zira rehin veren kişi, rehin alana "yanında rehni alıkoyma hakkı"nı temlik karşılığında onun üzerine bir şey vacip kılmayı isteyemez.

Ancak *el-Bedâyi*'de [4] belirtildiğine göre, alışverişte olduğu gibi fasit şartlar (hibenin hilâfına) rehni iptal eder.

Benim kanaatime göre, esah olan *ez-Ziyâdât* ile *el-Bezzâziye*'deki rivayettir. Çünkü rehin, karşılıklı ivaz akitlerinden değildir. O bakımdan rehnin telef olması sebebiyle borç düşse dahi rehin sahih olur. *el-Hidâye*'de şöyle denilmektedir: "Rehin bir teberru aktidir. Çünkü onun karşılığında mürtehine her hangi bir şey gerekmemektedir." [5] Hanefîlerin dışındaki mezheplere göre rehinde koşulan şart ya sahihtir veya fasittir. Fasit olan şart ise ya akti de ifsat eder ya da şartın kendisi boş ve batıl, akit ise sahih olur. Bu konuya dair mezheplerin görüşlerinin açıklaması şöyle-

---

1- *Muhâyee*, merhun olan bir şeyi her birinin yanında belli bir süre alıkonmak üzere iki kişinin ittifak etmesi demektir.

2- *el-Bedâyi*, VI, 135.

3- *el-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 357, 374; *ed-Dürrü'l-Muhtâr* da şöyle der: "Rehinde müddet, rehni bozar."

4- *el-Bedâyi*, VI, 140.

5- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VIII, 190.

dir:

Şafiîlere göre: [1] Rehinde koşulan şartlar üç türlüdür:

a) Sahih şart: Bu, ya rehnin gerektirdiği veya akdin maslahatına uygun olup da akitte belirsizliğe sebep olmayan şeyi şart koşmak şeklinde olur, rehin akdinin şahitler huzurunda yapılmasının şart koşulması gibi alacaklıların birden fazla olması halinde rehni elinde bulunduranın hakkını tam olarak alabilmesi için kendisinin diğer alacaklılara tercih edilerek öncelik tanınması şeklinde olur. Böyle durumlarda satış aktinde olduğu gibi- hem şart hem de akit sahih olur.

b) Batıl veya lağv (boş) şart: Her hangi bir maslahat veya bir maksadı bulunmayan bir şeyi şart koşmaktır. Meselâ, "Rehin bırakılan hayvan şunu yemeyecek", demek gibi. Böyle bir şart batıl olur, akit ise sahihtir.

c) Akdi ifsat eden şart: Mürtehine zarar veren şeyi şart koşmaktır. Meselâ, borcun ödeme zamanının üzerinde bir ay geçmedikçe rehni satmamasını veya semen-i misilden fazlasına satılmamasını şart koşmak gibi. Rehin bırakana zarar, fakat mürtehine fayda veren şeyi şart koşmak da akti ifsat eder. Meselâ, bir müddet belirtmeksizin ve ücretsiz olarak rehni alanın rehinden istifade etmesini şart koşma veya rehnin artması veya çoğalması halinde mürtehinin bu fazlalığı râhine geri vermesini şart koşma bu kabildendir. Bu durumda bunlar, şart koşulma esnasında gereği gibi bilinmediklerinden ve var olmadıklarından dolayı şart olarak batıldır. Diğer taraftan *"Allah'ın kitabında bulunmayan her bir şart batıldır."* [2] hadisi de bu hükmü gerektirmektedir. Şart, aktin gereğine -mürtehine zarar veren şartta olduğu gibi- aykırı olduğundan dolayı, -azhar olan görüşe göre- akit de batıl olur.

Rehnin yün, meyve ve yavru gibi artan kısımlarını da rehin almayı şart koşma hâlinde de, hem şart hem de akit fasit olur. Çünkü bunlar şart koşuldukları sırada hem yokturlar, hem de mehçuldürler.

Zahire göre rehin, bir şarta bağlanması veya geleceğe izafe edilmesi ile de fasit olur. Buna göre fasit şartın nitelikleri şöylece ortaya çıkar: Akti yapan taraflardan birisine zararlı olan veya hakkında belirsizlik bulunan şart fasittir. Azhar olan görüşe göre, şart fasit olduğu takdirde akit de fasit olur.

Malikîlere göre: [3] Aktin gereğine aykırı düşmeyen ve harama da götürmeyen her şart sahihtir. Aktin gereğine uymayan her şart fasittir ve rehni iptal eder. Rehin edilen şeyin râhinin elinde kalıp mürtehinin onu kabzetmemesini şart koşması veya vadenin gelmesi hâlinde borç için rehin bırakılan şeyin satılmaması veya re-

---

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 121 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 310-312; *Nihayetü'l-Muhtâc,* III, 254 vd.

2- Buharî ve Müslim, Hz. Aişe'den şu lafızla rivayet etmişlerdir: *"Allah'ın Kitabı'nda bulunmayan her türlü şart batıldır. İsterse yüz şart olsun, Allah'ın hükmü daha bir hakdır ve Allah'ın şartı daha sağlamdır." Sübülü's-Selâm,* III, 10.

3- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 240 vd.; *Bidayetü'l-Müctehid,* II, 271.

hin bırakan kimsenin ancak razı olacağı kıymete rehinin satılması gibi şartlar bu türdendir.

Haram ve yasak olup aktin feshini gerektiren şarta gelince: Eğer vadesi geldiğinde hakkını getirecek olursa, rehin bıraktığı şeyi geri alacak, değilse o şey rehin alana ait olacak, şeklindeki şarttır. Bu şart akti feshedici bir şarttır. Çünkü Peygamber (a.s.)'in; *"Rehin sahibi tarafından çözülmediği takdirde, rehin alanın hakkı olmaz"* (1) hadisi bunu gerektirmektedir.

Özet olarak, Malikîlere göre sahih ve fasit olmak üzere iki türlü şart vardır.

Hanbelîlerin görüşü (2) Malikîlerinki gibidir. Onlar da şöyle derler: Rehinde şart iki türlüdür: Sahih şart ve fasit şart. Sahih şart, aktin maslahatına olan ve aktin gereklerine aykırı düşmeyen, şeriatın hoş karşılamadığı bir harama götürmeyen şarttır. Mesela, rehnin âdil bir kişi, iki veya daha fazla kişi yanında olmasını şart koşmak ya da vadenin gelmesi veya hakkın ödenme zamanı gelmesi hâlinde, adaletli birisinin bunu satmasını şart koşmak gibi.

Fasit şart ise, aktin gereklerine aykırı olan şarttır. Bunlar hakkın vadesi geldiği hâlde rehnin satılmamasını şart koşmak veya rehnin kıymetinden borcunu alamaması veya telef olmasından korkulmadığı takdirde satılmaması yahut kaça olursa olsun satılması veya rehin verenin razı olduğu miktardan başkası ile satılmaması gibi şartlardır. Bütün bunlar fasit şartlardır; çünkü bu şartlar rehin gereklerine aykırıdır. Diğer taraftan bunlar borcun ödenmesine engeldir; bu ise rehinden gözetilen maksada aykırıdır.

Şartların diğer bir kısmı şunlardır: Rehin verenin muhayyerlik hakkını kendisi için şart koşması yahut rehnin kendisi hakkında lâzım (bağlayıcı) olmaması, rehnin belirli bir vakit ile sınırlı kılınması, bir gün olup bir gün olmaması, rehnin râhinin elinde kalması veya ondan yararlanması yahut mürtehinin ondan yararlanması veya mürtehin aleyhine tazminat altında olması veya hakkın ödenme zamanı geldiği zaman rahin hakkını ödemeyecek olursa rehin bırakılan şeyi borç karşılığında mürtehinin alması veya borç karşılığında satılması gibi şartlar. Rehnin bir şarta bağlanması da sahih değildir; alışverişte olduğu gibi. Yani bu durumda rehin fasit olur.

Fasit şart ile rehnin de fasit olup olmayacağı konusunda Hanbelîlerin değişik görüşleri vardır. Kadı el-Ferrâ şöyle der: "Böyle bir şart koşma ile rehnin fasit olması ihtimali vardır. Çünkü akit yapan mülkünü ortaya koymuş ve bu şartla rehni kabul etmiştir. Eğer rehni ona teslim etmeyecek olursa, o olmaksızın bu işe razı olun-

1- Bu hadisin açıklaması daha önce geçmiş idi. Manası şudur: Sahibi o rehni çözmeyecek olursa mürtehin onu hak etmiş olmaz. Bu İslâm'dan önce cahiliyenin uygulamalarından birisi idi. Yani râhin, tayin edilen vakitte borcunu eda etmeyecek olursa mürtehin rehne sahip olurdu. İslâm ise bunu iptal etti. İbnü'l-Esir, *en-Nihâye fi-Garîbi'l-Hadîs,* III, 379.

2- *el-Muğnî,* IV, 381-382; *Keşşafu'l-Kınâ,* III, 309.

mayacağından akit de sahih olmaz."

Rehnin geçici olması veya bir gün olup bir gün rehin olmaması şartının koşulmasının rehni ifsat ettiği rivayeti de vardır. Şayet bundan başka fasit şartlar koşulacak olursa, bu konuda iki görüş vardır:

Bazıları rehnin fasit olacağını bazıları da olmayacağını söylemiştir. Ebu'l-Hattâb fasit olmayacağı görüşünü desteklemiştir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Rehin (rehin bırakanın) onun üzerindeki mülkiyetini engellemez."* Peygamber (a.s.) bu hadis-i şerifi fasit bir şartın koşulduğu bir rehin ile ilgili olarak söylemiş, fakat rehnin fasit olduğu hükmünü vermemiştir. Çünkü rehin veren, bu şart ile birlikte rehne razı olmuştur. Bu şartın batıl olması ile birlikte onun rehne razı olması ise öncelikle söz konusudur.

Rehin alanın hakkını eksilten şartın batıl olacağında görüş birliği vardır. Eksiltmemesi hâlinde ise her iki görüş de ileri sürülmüştür.

3- Merhununbih (Rehnin kendisi karşılığında verildiği şey)'de **aranan şartlar:**

Merhununbih, rehnin kendisi karşılığında verildiği hak demektir. Hanefîlere göre bunda aşağıdaki şartlar aranır:

1- Sahibine teslim edilmesi vacip bir hak olması:

Çünkü teslimi vacip bir hak olmadığı takdirde onu teminat altına almak için karşılığında rehin vermeyi gerektiren bir durum yoktur. Zira kendisinden bu hakkın talep edildiği kişi için ilzam söz konusu değildir ki, onun için ayrıca teminat gerekli olsun. (1)

Hanefîler bu şartı "tazminatı gerekli bir borç olması" (2) şeklinde ifade ederler. Yani bu borcun rehin veren kişi tarafından tesliminin vacip olması gereklidir. Bizim kullandığımız ifade ise, daha açıktır. Çünkü karşılığında rehin verilen hak ya bir borçtur yahut da teslimi vacip bir *ayn*'dır.

a) Şayet borç olursa bu borcun sebebi isterse karz, satış, telef veya gasp olsun,

---

1- Değerli hocamız eş-Şeyh Ali el-Hafîf'in *Rehin bahsi ile ilgili notları*, 45.

2- *el-Bedâyi*, VI, 142 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VIII, 196, 206 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 66; *el-Lübâb*, II, 55 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 350.

Borcun tazminat altında olmasının manası, onun zahiren tahakkuk etmesi bakımındandır. Yoksa gerçekte de batında da tahakkuk etmesi demek değildir. Bir kimse bir başkasına meselâ, borç verdiği için bir olduğunu iddia etse, müddeâ aleyh olan (davalı) şahıs da ona rehin olarak verdiği belli bir meblağ üzerinde davacı ile sulh olsa, ondan sonra da her ikisi de karşılıklı olarak bir hakkın yani müddeinin (davacının) müddeaaleyh (davalı) üzerinde bir şeyi olmadığını kabul etseler, sonra da davacı olan mürtehinin elinde rehin telef olsa, bu durumda rehnin ve karşılığında rehin bırakılanın hangisinin kıymeti daha az ise onun tazminatı karşılığında telef olmuş olur. *el-Bedâyi*, VI, 144.

ona karşılık rehin vermek caizdir. Çünkü her türlü borcun ödenmesi vaciptir. Dolayısıyla bunlara karşılık rehin vermek, sahibine teslim edilmesi gereken bir hak karşılığında vacip olur.

Yine bu konuda bu borcun kabzedilmesinden önce başka bir şeyle değiştirilmesi caiz olan türden olması ile kabzdan önce değiştirilmesi caiz olmayan türden olması arasında fark yoktur. Selemdeki ücret, sarfın bedeli ve müslemünfih (selem ile satılan şey)'de olduğu gibi. Bu, Hanefîlerin üç imamına göre böyledir.

İmam Züfer ise şöyle demektedir: "Kabzdan önce değiştirilmesi sahih olmayan şey karşılığında rehin caiz olmaz. Çünkü rehnin telef olması ile borcun düşmesi rehin alanın zimmetinde vacip olan şeyin bu telef ile değişilmesinin bir sonucu olur. Yani rehin bırakılan ayn, karşılığında rehin verildiği borcun bedeli olmuştur. Bu borçların başkası ile değiştirilmesi ise, selem bahsinde açıkladığımız üzere, sahih olmaz. Şayet bu borçlar karşılığında rehin caiz olursa kabzedilmelerinden önce bu gibi borçların değiştirilmesi de -rehnin telef olması hâlinde- lâzım olmalıdır. Bu ise şer'an caiz değildir.

Böyle bir durumda deyn'in düşmesi, elde edilmesi yoluyla olmuştur, denilemez. Çünkü hakkın elde edilmesi, ancak rehin ile alacağın cinslerinin bir olması halinde gerçekleşir. Çoğunlukla ise bunların cinsleri farklı farklıdır.

Bu durumda rehnin caiz olması, değiştirilmesi mümkün olan bir borç karşılığı olması hâline has bir durum olur.

Hanefîlerin cumhurunun delili ise şudur: Rehnin telef olması hâlinde her zaman için borcun düşmesi sadece hakkı elde etme yoluyla olur, istibdal (değiştirme) yoluyla değil. Bu hakkı alma (istifa) nın gerçekleşmesinde ise mal olmak bakımından cins benzerliğinin bulunması yeterlidir. Çünkü istifa rehin bırakılan şeyin mal olması ile gerçekleşir; şekli ile değil. Mal olmak açısından ise bütün mallar aynı cinsten kabul edilir. Bazen şeklen aynı cinsten olma durumu sakıt olabilir ve ihtiyaç ve zaruret sebebiyle mal olmak açısından aynı cinsten olmak yeterli kabul edilir; cinsinden misli bulunmayan şeyin telef edilmesi halinde olduğu gibi. (1) Diğer taraftan insanların bütün hâllerde borçlarını teminat altına almaya ihtiyaçları olması sebebiyle rehne ihtiyaç vardır ve bu bir zorunluktur. (2)

1- Çünkü bu mübadele ve muavaza türünden sayılmaz. Aksi takdirde rızanın bulunması gerekirdi. Ancak bu bir istifa sayılır. Bu bakımdan hak sahibinin rızasına bağlı değildir.

2- Selem akdinde peşin olarak verilen re'sül -mal karşılığında veya sarfın bedeli olarak akit meclisinde verilmiş bulunan rehin telef olursa akit sahih olur. Çünkü o mecliste müslemüileyh olan kişi, hakkının aynını istifa etmiş olur. Şayet meclisten sonra telef olursa akit batıl olur. Çünkü selemin re'sul malı veya sarfın bedeli mecliste kabzedilmiş değildir. Eğer rehin, müslemünfih karşılığında olursa ve ödemeden önce rabbu's-selem yanında telef olursa, bu takdirde rehnin kıymeti ile müslemünfihin kıymetinin hangisi daha az ise, onun karşılığında telef olmuş olur. Her iki taraf selem aktini feshetseler ve ortada müslemünfih karşılığında bir rehin bulunsa, bu durumda merhun istihsanen

Hanefîlerin dışındaki cumhura göre: [1] İmam Ahmed'den selem karşılığı olan borç hakkında iki rivayet gelmiştir. Rivayetlerin birisinde caiz olduğu belirtilirken, diğerine göre caiz değildir. Birinci rivayete göre, eğer rehin selem akdindeki satın alınan mal karşılığında olursa ve, ondan sonra taraflar bu selem alışverişinden karşılıklı olarak vazgeçerlerse veya akit feshedilirse rehin de batıl olur. Çünkü karşılığında rehnin verildiği borç ortadan kalkmıştır.Muslemün ileyh (satıcı) olan şahsın da rabbu's-selem (müşteri)ye parayı ödemesi gerekir.

İmam Malik ile İmam Şafiî de şöyle demektedir: "Sarf bedeli ve zimmete taalluk eden selem ücreti karşılığında rehin caiz değildir. Çünkü akit meclisinde bedellerin kabzedilmesi şarttır. Müslemünfih karşılığında rehin almak ise caizdir; çünkü bu bir borçtur. Ayet-i kerime ise borçlanmalarda rehni caiz kılmıştır.

b) Şayet karşılığında rehin bırakılan şey bir ayn olursa bakılır:

Şayet bu ayn vedia, ariyet, (ödünç) me'cur (ücretle kiralanmış), şirket malı, mudarebe malı gibi emanet olursa ittifakla bunlara karşılık rehin caiz olmaz. Çünkü rehnin kabzedilmesi madmundur (teminat altındadır). Dolayısıyla buna karşılık bir başka madmunun da bulunması lâzımdır. Yani karşılığında bir başka madmun bulunmadıkça rehin olmaz ki, böyle bir kabz, gerektiğinde borcun elde edilebilmesini sağlasın.

Şayet ayn bizzat madmun olursa; bu da misli bulunması halinde mislinin tazmini, misli yoksa kıymeti ile tazmini gereken şeydir. Gasıbın elinde bulunan gaspedilmiş mal, satın almak maksadıyla kabzedilmiş mal, kocanın elindeki mehir, zevcenin elindeki hul' bedeli, kasten öldürme, yaralama karşılığında alınan sulh bedeli gibi şeyler bu kabildendir.

Hanefîlere göre bunlara karşılık rehin caizdir. Mürtehin kişinin, karşılığında rehnin yapıldığı ayn'ı geri alıncaya kadar rehnedilen şeyi alıkoymak (hapsetmek) hakkı vardır. Şayet ayn'ın istirdadından önce rehin mürtehinin elinde telef olur ve

---

re'sul-mal karşılığında rehin olur; çünkü o müslemünfih'ten bedeldir. Bu takdirde karşılıklı olarak aktin feshinden sonra rehin telef olacak olursa, resul mal karşılığında değil müslemünfih karşılığında telef olur. Çünkü baştan beri onun karşılığında rehin idi. O bakımdan bu hüküm böylece devam eder; isterse başkası karşılığında alıkonulmuş olsun. *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 207. (Bu notun daha iyi anlaşılması için bazı terimleri açıklayalım: *Sarf,* nakte satmak yani sikkeli veya sikkesiz altını altına veya gümüşü gümüşe ya da bunun aksi olarak gümüşü altına veya altını gümüşe satmaktır. *Selem:* Peşin para veya peşin verilen başka bir mal ile veresiye mal satın almaktır. Peşin para veya mal veren müşteriye *"sahibü's-selem"* veya *"rabbü's-selem"* denilir. Veresiye mal verecek olan satıcıya da *"Müslemünileyh"* denir. Böyle satın alınan mala *"Müslemünfih"* ve peşin verilen paraya veya mala da *"resul mali's-selem"* veya sadece *"re'sulmal"* denilir. (bkz. Ö. Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhıyye Kamusu,* İstanbul, 1970, VI, 8 ve 111 vd.) -Çeviren-).

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* I, 269.; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 323; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 127; *el-Mühezzeb,* I, 305; *el-Muharrar,* I, 335.

bu sırada ayn mevcut ve baki bulunursa, rehin verene: "Bu ayn'ı mürtehine teslim et! Ondan rehnin kıymetinden ve ayn'ın kıymetinden hangisi az ise onu al!" denilir. Çünkü merhun (rehin bırakılan) sözü geçen değerlerin en az olanı karşılığında madmun (teminat altında)'dır.

Malikîlerle Hanbelîler de Hanefîler gibi karşılığında rehin bırakılanın bizzat tazmin altında olmasını caiz kabul etmişlerdir. [1]

Şafiîlere göre: [2] Emanet veya madmun bir ayn karşılığında rehin vermek, sahih olmaz. Çünkü Şafiîler, karşılığında rehin bırakılan şeyin borç olmasını şart koşmuşlardır. Zira yüce Allah rehni, karşılıklı borçlanma durumuyla ilgili olarak zikretmiştir. Dolayısıyla bu rehin başka hususlarda sabit değildir. Ayrıca bu ayn, rehnedilenin kıymetinden istifa edilmez. Çünkü bu alışveriş esnasında yapılan rehinden gözetilen maksada aykırı düşmektedir. [3]

Ayn'ın başkası ile madmun olması hâlinde -satıcının elinde bulunan mebî gibi başka bir şey (yani semen) karşılığında madmun olursa ve buna göre mebî (satılan), satıcının elinde telef olacak olursa müşterinin bu telef olan malın semenini ödeme zorunluluğu ortadan kalkar, şeklinde bulunursa böyle bir rehin sahih olmaz. Ebu Hanife'den gelen *en-Nevâdir*'deki rivayete göre bu böyledir. Çünkü rehnin kabzı bir hakkı elde etme kabzıdır. Başkası ile madmun olanda ise istifa manası gerçekleşmemektedir. Zira rehin müşterinin elinde telef olacak olursa rehnin telef olması ile o her hangi bir şeyi elde etmiş olmaz.

Zahir rivayette satılan mal teslim edilmeden evvel müşterinin bunun karşılığında rehin alması câizdir, çünkü o mal mazmundur. Malı teslim alıncaya kadar müşteri rehni elinde alıkoyabilir. Çünkü böylece manen de olsa istenilen şey tam olarak gerçekleşmiş olur. Zira satılan mal (telef olduğu takdirde) piyasa değeri ile tazmini garanti edilmiş olmasa bile ittifak edilen fiyat üzerinden ödenmesi garanti edilmiştir. Malın, müşteriye teslim edilmeden helak olmasıyle semenin müşteri üzerinden düşmesi, o malın karşılığı olarak kabul edilir, dolayısıyle müşteri satın aldığı malın maliyetini tam olarak elde etmiş olur.

Karşılığında rehin verilen (merhununbih)'in sahibine teslim edilmesi vacip bir hak olması şartına binaen, aşağıdaki hükümler söz konusu olur:

a) Muayyen nakit karşılığında rehin: Bir kişi muayyen nakitler karşılığında bir kadınla evlense veya muayyen nakitlerle bir şey satın alsa ve bunlara karşılık rehin verse Ebu Hanife ve iki talebesi Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre, bu rehin caiz ol-

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* I, 270; *Keşşâfu'l-Kınâ,* I, 311.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 126; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* III, 265; *el-Mühezzeb,* I, 305.
3- Buna göre insanlar arasında uygulanagelmesi âdet olan, bir kimsenin bir kitabı vakfedip ödünç olarak verilmemesini yahut da ancak rehin karşılığında vakfedildiği yerden çıkarılması şartını koşması gibi hususun batıl olduğu, böylece bilinmiş oluyor. *Buceyremî,* III, 59.

maz. Çünkü nakitler tayin ile belirlenmez. Züfer'e göre caizdir; zira ona göre nakitler tayin ile belirlenebilir.

b) Verilmesi vaad edilen veya mürtehinin râhine vereceği borç karşılığında rehin: Bu şartın gereğine göre vaad edilen veya mürtehinin râhine vereceği borç karşılığında rehin sahih olmaz. Çünkü rehin akti esnasında borcun varlığı yoktur ki, bu borç teslimi vacip olan bir hak olsun.

Fakat Hanefîlerle Malikîler gelecekte vereceğini vaad ettiği borç karşılığında rehni, insanların buna ihtiyaçları sebebiyle, ihtihsanen caiz kabul etmişlerdir. (1) Ancak mürtehin herhangi bir vaad olmaksızın gelecekte râhin üzerinde sabit olacak borcu karşılığında rehin almaya kalkışacak olursa caiz olmaz, Şafiîlere göre böyle bir rehin sahih değildir. Hanbelî mezhebinin zahirine göre de (2) gelecekte vereceği borç karşılığında böyle bir rehin sahih kabul edilmez. Çünkü bu, rehin akti esnasında zimmette sabit olmuş bir hak değildir. Rehin ise borç vaadinde bulunma hâlinde değil, deynin (borcun) sabit olması hâlinde meşru kılınmıştır.

c) Derek karşılığı rehin: (3) Yani mebîde başkasına ait olabilecek haklar karşılığı rehin demektir. Bir kişi bir şey satsa ve bunun semenini kabzetse, satılanı da müşteriye teslim etse, müşteri bunda başkasının hakkının ortaya çıkacağından korkacak olsa, satıcıya verdiği semen karşılığında satıcıdan derekten önce bir rehin alacak olursa, bunun damânı (kefaleti) caiz olmakla birlikte, böyle bir rehin almak caiz değildir. Çünkü satılan şeyin üzerinde başkasının hakkının ortaya çıkması (istihkakı), gerçekleşebilir de gerçekleşmeyebilir de. Dolayısıyla buna karşılık yapılan rehin, derhal teslim edilmesi vacip olmayan şey karşılığında rehin olur. Hatta halen hiçbir şekilde var olmayan ve belki de gelecekte var olmayacak bir şey karşılığında olur. Derek karşılığında kefalet ise caizdir. Çünkü kefalet yapılacak talebe iltizam ve bunun teminatı demektir. Gelecekte ortaya çıkacak fiilleri iltizam edip bunların teminatını vermek ise sahihtir; adaklarda olduğu gibi. Hanefîler: "Derek karşılığı rehin batıldır, fakat derek karşılığı kefalet caizdir" derler. (4)

Rehin ise borçların elde edilmesi içindir. Borç sabit olmadığı takdirde nasıl elde edilecektir? Borcun sabit veya vacip olmasından önce istifa (tamamen elde etme) olmaz. İstifada da karşılıklı ivazlaşma manası vardır. İvazlaşmalar ve temliklerin ise geleceğe bağlanması sahih olmaz. Çünkü böyle bir talikte hem tehlike, hem de aldatma söz konusudur. Derek karşılığı rehin de bu türden bir şeydir. Adeta rehin veren satıcı, rehin isteyen müşteriye şöyle der gibidir: "Eğer bu sattığım malda bir

1- *el-Bedayi,* III, 143; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 351; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 245.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 127; *el-Mühezzeb,* I, 305; *el-Muğnî,* IV, 328.

3- *Derek:* Satılan malda başkasının hakkı olduğu ortaya çıkması (istihkakı) hâlinde müşterinin ödediği semeni almak için satıcıya rücu etmesidir. *el-İnâye, Tekmiletü'l-Fetih'l-Kadir,* kenarında, VII, 206; ayrıca bk. *Kehanet* dn. 44.

4- *Tekmiletül-Fetihi'l-Kadir,* VIII, 206; *el-Bedayi,* VI, 143 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 350.

hak sahibi ortaya çıkarsa işte bu şey senin yanında rehin kalsın, bana ödediğin semenin karşılığını bundan istifa edersin."

Derek hâli ile vaad edilen borç arasındaki fark ise şudur: Birincisi yoktur, ikincisi ise var gibidir. Yani sabit olmak durumuna yaklaşmıştır. Daha önceden de açıklamış olduğumuz gibi Hanefîler ihtiyaç sebebiyle ikincisini sahih kabul etmişlerdir.

2- Merhununbih'ten borcun istifa (tam olarak alınması) edilmesinin mümkün olması: Eğer borcun ondan istifa edilmesi mümkün olmazsa rehin sahih olmaz. Çünkü rehin vermek bir istifadır, istifa olmadığı takdirde rehin de olmaz, rehinden gözetilen maksat da bulunmaz. [1] Buna göre aşağıdaki durumlarda rehin sahih değildir.

a) Can ve daha aşağı durumlarda kısas karşılığı rehin caiz olmaz. Çünkü rehin edilen şeyden kısasın tamamen alınması mümkün değildir veya söz konusu olamaz. Fakat yaralamaya karşılık ödenen erş (karşılık, bedel), mukabilinde rehin caizdir. Çünkü bu erşi rehinden elde etmek mümkündür.

b) Nefse kefalet, yani bir kişinin mahkemeye getirilmesi ve buna benzer kefaletler karşılığında rehin olmaz. Çünkü mekfulünbih'in (kefil olunan şeyin, kişinin) rehinden istifa edilmesine ihtimal yoktur. Mesela, Zeyd Halid'in nefsine kefil olup da bir seneye kadar onu getirmeyecek olsa, Halid'in üzerindeki bin lirayı kendisi üzerine almayı tekeffül etse, daha sonra Halid bu bir sene süre için malı rehin olarak vermek istese, böyle bir rehin batıl olur. Çünkü bu mal Halid'in üzerinde henüz vacib bir hak olmamıştır ve mekfulünbih'in rehinden istifa edilmesi ise (burada üzerinde hakkın bulunduğu kişinin teslim edilmesidir) mümkün değildir.

c) Şuf'a karşılığı rehin: Şuf'a dolayısıyla satılan malı teslim etmesi vacip olmuş olan müşteriden rehin almak caiz değildir. Şefî (şüfa hakkına sahip)olanın müşteriye: "Şuf'a yoluyla alınacak ev karşılığında bana bir rehin ver" demesi sahih olmaz. Çünkü şuf'a hakkının rehinden istifasına imkân yoktur. Dolayısıyla buna karşılık rehin sahih değildir. Diğer taraftan şuf'a müşteri için madmun (teslim edilmesi vacip) bir şey değildir. Bunun delili ise şudur: Hakkında şuf'anın söz konusu olduğu akar telef olacak olursa ona her hangi bir şey vacip olmaz.

d) Haram fiilin ücretine karşılık rehin: Ağıt yakanın, şarkıcının veya dansözün ücreti gibi. Bir kişi böyle birisini ücretle tutsa ve ücreti karşılığında ona rehin verecek olsa, bu rehin sahih olmaz. Çünkü böyle bir icare sahih değildir, ücret de vacip olmaz. Bu takdirde madmun olmayan bir şey karşılığında rehinde bulunulmuş olur. Çünkü bu işin karşılığı madmun bir şey değildir, dolayısıyla rehin de sahih olmaz.

1- *el-Bedayi,* VI, 243 vd.; *Tekmiletü Fetihi'l-Kadir,* VIII, 207; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 351.

Müşterek ecîrin yerine getirmeyi kabul ettiği, zimmette sabit menfaat karşılığında da rehin sahih olmaz. Çünkü böyle bir menfaatin maldan istifa edilmesine imkân yoktur.

3- Karşılığında rehin verilen hakkın malum olması:

Meçhul bir hak karşılığında rehin verilmesi sahih değildir. Tayin etmeksizin alacağı olan iki borcu karşılığında mürtehine bir rehin verdiği takdirde bu rehin sahih olmaz.

Şafiîlerle Hanbelîler, merhunun bih (karşılığında rehin verilen)de üç şart koşmuşlardır: (1)

a) Merhunun bih'in sabit, ödenmesi vacip bir borç karz ve telef edilen şeyin veya bir menfaatin kıymeti olması. Zimmeti kiralama mesela bir elbiseyi dikmek ya da bir evi inşa etmek, belli bir yükü belli bir yere kadar taşımak üzere ücretle tutulmuş ortak işçinin yaptığı iş karşılığı ücreti böyledir. Çünkü rehnedilenin satılması ile bu menfaatin istifa edilmesi ve semeninde bunun tahsil edilmesi mümkündür. Şayet ecîr (işçi) kendisi için ücretle tutulduğu menfaati gerçekleştirmeyecek olursa rehin satılır ve bunun kıymetinden üzerinde ücretle anlaşılan işi yapmak üzere bir başka ücretli tutulur. Bu konuda görüşleri Hanefîlere muhaliftir. Ayn'ın icaresi karşılığında ise rehin sahih olmaz. Çünkü merhunun bih olan alacağın belirli olmayan şeyden istifa edilmesine imkân yoktur. Rehnedilen şey satılacak olsa dahi bu böyledir.

Borcun şart koşulmuş olmasının bir sonucu da, Şafiîlere göre, ödünç olarak alınmış ayn'lar veya gaspedilmiş ayn'lar karşılığında rehnin sahih olmamasıdır. Hanbelîler ise gasbedilen, ariyet olarak alınan sevm-i şirâ (satın almak) maksadıyla kabzedilmiş olan şeyler gibi tazminat altındaki ayn'lar karşılığında rehin almayı caiz görmüşlerdir. Fasit akit ile kabzedilen şeyin karşılığında da bunu caiz görürler. Çünkü Hanbelîler şöyle demektedir: Vacip olan veya sonuç itibarıyla vacip olacak olan -muhayyerlik müddetindeki semende olduğu gibi- her türlü borç mukabilinde rehin sahihtir.

Henüz sabit olmamış borç -ki bu, vadedilmiş borçtur- mukabilinde rehin, Şafiîlerle Hanbelîlere göre -Hanefîlerin aksine- sahih değildir.

Borcun karz karşılığı ve kabzedilmiş mebînin semeni gibi müstekar (yerini bulmuş)bir borç olması ile henüz kabzedilmemiş mebînin semeni ile henüz yararlanılmamış kiralanmış bir ayn'ın ücreti ve zifaftan önce mehirde olduğu gibi gayr-i müstekar olan borç olması arasında fark yoktur. Zimmetin kiralanmasındaki ücrete gelince: Buna karşılık rehin sahih olmaz; çünkü bu zimmete tam olarak geçmiş değildir. Selem akdinde ücretin peşin verilmesi durumuna benzer. Zira bunun ayrıl-

1- *Nihâyetü'l-Muhtâc*, III, 264; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 126 vd.; *Buceyrimî ale'l-Hatîb*, 60; *Keşşâfu'l Kınâ*, III, 311.

madan önce akit meclisinde kabzedilmesi lâzımdır. Bu ise selem malının karşılığı (resul-mali's-selem)'dir.

b) Borcun halen lâzım veya sonuçta lâzım olması: Satışın lüzumundan sonra semen karşılığı rehin sahihtir. Nitekim aktin lüzumundan önce muhayyerlik müddeti esnasında da sahih olur. Çünkü akit, muhayyerlik müddetinin sona ermesinden sonra lâzım olmaya doğru gitmektedir.

Kitabet borcu veya taksitleri karşılığı veya yapılan işin bitirilmesinden önce tayin edilen *ciale* (mükâfat) karşılığında rehin de sahih değildir. Çünkü böyle bir borç lâzım değildir. Zira köle yahut da kendisi için *ciale*nin tayin edildiği kimse, dilediği zaman bu akti feshedebilir. Bu ise rehnin manası olan tevessuk (belgelemek, güvenilir hâle getirmek) ile çelişmektedir.

c) Borcun âkitler (akit yapanlar) tarafından miktar ve nitelikleri itibarıyla bilinmesi veya muayyen olması. Bunu her ikisi de veya onlardan birisi bilmeyecek olursa ya da iki borçtan birisi karşılığında rehin verilirse rehin sahih olmaz.

Malikîler ise şöyle demektedir: [1] Rehin merhununfih hakkında sahih olur. Bu ise satış, borç ve buna benzer alınabilecek bütün haklardır. Ancak sarf bedeli ile selem akdindeki re'sul-mal (ücret) bundan müstesnadır. Merhununfihin borç olması şartını öngörmüşlerdir. Buna göre vedia veya mudarebe gibi emanet karşılığında rehin sahih olmaz. Aynı şekilde borcun zimmette olması şartını koşmuşlardır. Buna göre muayyen bir şey veya onun menfaati karşılığında rehin sahih değildir. [2] Borcun lâzım veya sonuç itibarıyla lâzım olacak olmasını da şart koşmuşlardır. Buna bağlı olarak kitabet bedeli taksitleri karşılığında rehin sahih olmaz.

4- Rehin bırakılan (merhun) malda aranan şartlar:

Merhun: Kendisi karşılığında rehin işleminin yapıldığı hakkın elde edilmesi için mürtehinin yanında hapsedilen (alıkonulan) maldır. Eğer merhun, hakkın türünden olursa hakkı ondan alır. Başka bir türden olursa satılır ve hak onun kıymetinden alınır. Eğer bu satış hakkı almaya götürebiliyor ise -mesela borç (dinar ve lira gibi) nakit olur, merhun da kıyemî mallardan olursa, böyle yapılır. Değilse ödeme muavaza (karşılıklı verme) yoluyla olur. Mesela borç buğday olur, rehin bırakılan ise nakit veya naktin dışında mislî bir mal olursa, bu yola gidilir.

1- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 323; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 245.

2- Muayyen bir şey karşılığında rehne misal: Bir kişinin muayyen bir bineği satıp, müşterinin de satıcıdan, bunda başkasının hakkının olduğu anlaşılması veya bineğin kusurlu olduğu ortaya çıkması ihtimaline karşılık rehin alması ve bu durumda da bu rehin sebebiyle aynen onu geri vermesidir. Muayyen şeyin menfaatine misal de şudur: Bir kimsenin muayyen bir arabayı ücretle kiraya vermesi ve bu kiralamasını müstecirin bir rehin vermesi şartına bağlı olarak yapmasıdır. Eğer bu araba telef olur veya onda başkasının hakkı olduğu ortaya çıkarsa, işini tamamlaması için bizzat o arabayı getirir. Aslında her iki misal de aklen imkânsızdır. O bakımdan şer'an de caiz olmazlar, fakat ayn'ın ve menfaatin kıymeti karşılığında rehin sahihtir.

Bu bakımdan fakihler şunun üzerinde ittifak etmişlerdir: Merhunda mebîde aranan şartlar aranır. Ta ki, borcun ondan tam alınabilmesi edilebilmesi için satılması mümkün olsun. (1)

Hanefîlere göre satış işlemi, eğer râhin gaib ve hayatta mı ölü mü olduğu bilinmiyorsa hakimin izni ile gerçekleşir. Şayet hazır bulunursa merhunu satmaya zorlanır. Kabul etmezse hakim veya onun vekili satar ve mürtehinin hakkını ödetir. (2)

Hanefîlere göre merhunda aranan şartlar: (3) Merhun mal olmalı, mütakavvim olmalı, teslim edilmesi mümkün ve kabzedilmiş (makbûz) olmalı, muhaz (el altında tutulabilen) olmalı, ister akar ister mislî, isterse kıyemî olsun rehin olmayan şeylerden munfasıl olmalıdır. Şimdi bu şartları peşpeşe açıklayalım:

a) Merhunun satılmasının mümkün olması: Akit vaktinde mevcut ve teslimine kadir olunması lâzımdır. Akit esnasında mevcut olmayan şeyin rehin verilmesi caiz değildir. Var olması da olmaması da muhtemel olan şeyin de rehin verilmesi caiz değildir. Meselâ, bu sene ağaçlarının vereceği meyveyi rehin vermek veya bu sene koyunlarının doğuracağı yavruları yahut, uçan kuşu, ürküp kaçmış hayvanı ve buna benzer borcun kendisinden elde edilmesi beklenemeyen veya satılması mümkün olmayan şeyleri rehin bırakmak bu türdendir.

Olgunlaşmamış Meyvenin veya Yeşil Ekinin Rehnedilmesi:

Fakihlerin çoğunluğuna göre bu, üzerinde ittifak edilmiş bir şarttır. Bu Hanefîlerin ve azhar görüşlerinde Şafiîlerin de görüşüdür. Desukî'nin tahkik ettiği üzere Malikîlerce de rivayetlerin zahiri budur. Hanbelî mezhebindeki görüşlerden birisi de budur. Onlara göre olgunlaşmamış meyveyi ve biçilme şartı söz konusu olmaksızın yeşil ekini rehin vermek caiz değildir. Çünkü bunların satışı da caiz değildir, rehni de sahih olmaz. Satışı caiz olmayan diğer şeylerdeki durum gibidir. (4)

Malikî mezhebine mensup İbnu'l-Kasım ile İbnu'l-Macişûn ve Hanbelîlerin esah kabul edilen görüşleri şöyledir: Kesmek şartı olmaksızın olgunlaştığı ortaya çıkmadan önce meyvenin rehnedilmesi ile koparılma şartı olmaksızın yeşil ekinin rehnedilmesi ve ürküp kaçmış veya kaybolmuş hayvanın rehnedilmesi "Satışı sahih olmayan şeyin rehnedilmesi de sahih değildir." kaidesinden istisna edilir. Çünkü bunların satışlarının nehyedilmesinin sebebi bu konuda gelebilecek bir hastalık veya aldatma ve tehlikeden yana emin olunmamasıdır. Bu bakımdan şeriat kdisinden emin olunmayan caiha (musibet ve benzeri) halleri göz önüne almamayı emret-

1- *el-Muğnî*, IV, 337.
2- *Reddü'l-Muhtâr*, V, 357.
3- *el-Bedayi*, VI, 135-140; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 341, 348, 351; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadir*, VIII, 193, 208; *el-Lübâb*, II, 54 vd.; 57.
4- *Haşiyetü'd-Desûkî*, III, 233 vd.; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 269; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 323; *el Muğnî*, IV, 343; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 124; *Keşşâfu'l-Kınâ*, III, 315; *el-Mühezzeb*, I, 309.

miştir. Ancak rehinde böyle bir mana bulunmamaktadır. Çünkü borç zaten rehin veren borçlunun zimmetindedir. Garar veya hatar (aldanma veya tehlike) rehin halinde azdır. Çünkü merhun telef olduğu takdirde, mürtehinin borçtaki hakkı kaybolmaz. Aksine hak rahinin (rehin verenin) zimmetine avdet eder borçlu olmaya devam eder. Şayet merhun ekin yetişir, meyve olgunlaşır, kaybolmuş hayvan geri döner telef olmaz ise mürtehinin menfaati tahakkuk eder ve hakkın zamanı (vadesi) geldiğinde merhun satılır. Satış mürtehinin istediği vakte kadar da ertelenebilir. Buna göre bazı Malikîlerle Hanbelîlerce rehin vaktinde satılması helâl olmayan şeylerin rehnedilmesi caizdir. Bu gibi şeyler ise olgunlaşmaları ortaya çıkmadıkça -borcun vadesi gelmiş olsa dahi -satılmaz.

b) **Merhun mal olmalıdır:** Meyte, Harem-i Şerif avı ve ihramlının avı gibi mal olmayan şeyin rehnedilmesi sahih değildir. Çünkü bunlar murdardır, yenilmeleri helâl değildir.

Menfaatin Rehnedilmesi:

Fakihlere göre menfaatin rehin olarak verilmesi, -meselâ, bir ay veya daha fazla süreyle evinde oturmayı rehin göstermek- sahih olmaz. [1] Çünkü bu, Hanefîlere göre bir mal değildir. Hanefî olmayanlara göre ise; bunun teslimine kadir olunamaz. Çünkü bu menfaat akit vaktinde var olan bir şey değildir; daha sonra meydana geldiği takdirde ise ortadan kalkar [2] ve bir başkası ortaya çıkar. Dolayısıyla böyle bir menfaatin istikrar ve sebatı bulunmaz, onun el altına alınmasına da imkân olmaz. Borcun vadesinin veya istifa (ödenme) zamanının gelişine kadar da kalması mümkün olmaz. Ancak Şafiîlere göre menfaatin rehnedilmesinin mümkün olmaması başlangıç hâlindedir. Rehin akdi olmaksızın menfaatin rehn edilmesi caizdir; kişinin bu menfaati bırakarak ve borçlu olarak vefat etmesi halinde olduğu gibi.

c) **Mütekavvim olmalıdır:** Ondan borcun istifasına (alınmasına) imkân olacak şekilde şer'an yararlanmak mübah olmalıdır.

Şarap ve Domuzun Rehnedilmesi:

Bu şarta binaen Müslüman bir kimsenin şarap veya domuzu rehin vermesi sahih olmaz. Aynı şekilde bir Müslüman veya bir zimmîden bunları rehin alması da sahih olmaz. Çünkü rehin, borcun ödenmesidir. Rehin almak için ise borcun tamamen elde edilmesidir. Müslüman olan bir kimsenin şarap ve benzeri şeylerden borcu ifa etmesi de istifa etmesi de caiz değildir. (İfa, eda; istifa, tahsil demektir)

1- Hanbelîlerin ifadesi şöyledir: "Bu sahih olmaz, çünkü mürtehinin gayesi, rehin verilen şeyin kıymetinden borcunu istifa (almak) etmektir. Menfaatler ise hakkın vadesi gelinceye kadar telef olur". *el-Muğnî*, IV, 350; *Keşşâfu'l-Kınâ*, III, 307.

2- Bu hususta Şafiîlerin ifadesi şöyledir: "Menfaatin rehni kesinlikle sahih değildir. Çünkü menfaat telef olur. O bakımdan rehinde maksat gözetilen (istîsak, yani belgelendirmek) hasıl olmaz." *Muğni'l-Muhtâc*, II, 122; *el-Bâcûrî*, II, 124.

Müslüman, şarap ve benzeri şeyleri zimmînin yanında rehin bıraksa telef olması halinde zimmi bunları tazmin etmez. Aynı şekilde zimmî şarap ve benzerini Müslümandan gasbedecek olursa yine bunların tazminatını vermez; çünkü bunlar Müslüman için mal değildir.

Şarabı Müslümanın yanında rehin bırakan kişi zimmî olursa Hanefîlere göre müslümanın bunu tazmin etmesi gerekir. Aynı şekilde şarabı zimmîden gasbedecek olursa yine bunun tazminatını öder. Çünkü bu zimmî için bir maldır; ve bu takdirde, iki borçta takas usulüyle ödeşme yoluna gidilir.

Zimmet ehlinin kendi aralarında şarap ve domuzu rehin bırakmaları ve rehin almaları sahihtir. Çünkü şarap da domuz da onlar için kıymetli birer maldır. Tıpkı bizim için sirke ve koyunun mal olması gibi.

d) Malûm olmalıdır: Mebîde şart olduğu gibi merhunun da malûm olması şarttır.

Meçhulün Rehnedilmesi: Buna göre, bir çeşit cehâlet (belirsizlik) ile birlikte satışı sahih olan her şeyin rehnedilmesi de sahihtir. Belirsizlik sebebiyle satışı sahih olmayanın rehnedilmesi de sahih olmaz. Satışta şart koşulan bilgi, aradaki anlaşmazlığı ortadan kaldırabilecek veya âdeten kendisi sebebiyle anlaşmazlık çıkmayan bilgisizliktir.

Şayet râhin (rehin bırakan): "Bu evi içindekilerle birlikte sana rehin bırakıyorum" dese, mürtehin de kabul ederek evi teslim alsa, Hanefîlere göre bu şekilde satışı sahih olduğu için rehnedilmesi de sahih olur. Şafiîlerle Hanbelîlere göre ise sahih değildir. [1] Çünkü bu evin neleri ihtiva ettiği bilinmemektedir.

Eğer: "Şu iki evden birisini sana rehin bırakıyorum" diyecek olsa Hanefîlere göre sahihtir. [2] Çünkü mürtehinin bu iki evden her hangi birisini tercih etmek hakkı bulunması şartıyla satışı sahihtir. Hanbelîlerle Şafiîlere göre ise kesin tayin bulunmadığından dolayı sahih olmaz. [3]

Râhin mürtehine iki elbise verse ve ona: "Borcun karşılığında dilediğin her hangi birisini al" dese, o da ikisini alacak olsa, onlardan birisini seçmedikçe hiç birisi rehin olmaz. Çünkü râhin, mürtehinin bunlardan seçeceği bir tanesini rehin bırakmıştır. İhtiyar (seçim)'dan önce ise merhun bilinmemektedir. Bu seçimden sonra bilineceğinden, ancak o vakit rehin sahih olur.

Eğer iki elbise telef olursa, şayet onlardan birisinin değeri borca eşit ise, bu el-

1- *el-Mühezzeb,* I, 263, 309; *el-Muğnî,* IV, 348; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 356; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* I 231.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 61; V, 356; *el-Bedayii',* V, 157

3- Şafiîlerin az önce belirtilen kaynakları.

biselerden her birisinin yarı kıymeti borcun karşılığında hesap edilir.

e) Merhun râhinin mülkü olmalıdır: Rehnin caiz veya sahih olması için bu bir şart değildir. Ancak Hanefîlere göre bu, rehnin nafiz (geçerli) olması için bir şarttır. Başkasının malını rehin vermenin hükmü de bununla bilinmiş olmaktadır.

Buna göre şer'î velâyeti olan baba ve vasi gibi birisinin bu velayete dayanarak başkasının malını, izni olmadan rehin vermesi caîz olur. Baba ve vasi, ister küçüğün ister kendisinin borcu karşılığında küçüğün malını rehin verebilir. Aynı şekilde sahibinin izniyle başkasına ait olan malı rehnetmek de caiz olur. Ariyet (ödünç) alanın üzerindeki bir borç karşılığında rehin bırakmak üzere bir kimsenin başkasından aldığı ariyet (ödünç) gibi. Eğer malik'in rehin için izni bulunmamakta ise, rehin de mal sahibi tarafından geçerli kabul edilmesine bağlı olarak, -alış verişte olduğu gibi- mevkuf olur. Onu geçerli kabul ederse ne âla, yoksa batıl olur.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [1] Başkasının malını sahibinin izni olmaksızın rehin bırakmak sahih değildir. Çünkü onu satmak sahih olmayacağı gibi teslim etmeye ve borç için satmaya da kadir olunamaz. Dolayısıyla bunun rehnedilmesi caiz olmaz; uçan kuş ve ürküp kaçmış hayvanda olduğu gibi. Şayet başkasına ait olduğunu zannettiği bir şeyi rehneder sonra da bunun babasına ait olduğu ve babasının da ölmüş bulunduğu ortaya çıkarsa ve de miras yoluyla bu şey ona mülk olarak geçmişse, Hanbelîlere ve Şafiîlerdeki bir görüşe göre rehin sahihtir. Çünkü muamelelerde itibar, bizzat yapılan işedir.

Şafiîlerdeki açık ifade şöyledir: "Böyle bir akit batıldır, çünkü akdgi yapan ciddi değilken yapılmış bulunmaktadır dolayısıyla bu sahih olmaz."

Eğer rahin, rehin vermek üzere bir şey ödünç alırsa mezhep imamlarının ittifakına göre bu caizdir. [2] Çünkü ödünç almak suretiyle tek başına ve ivazsız olarak faydalanmak üzere başkasının mülkünü kabzetmiş olur. İarenin özelliği de budur. Yani iare (ödünç verme), istiare olarak alınan *ayn*'ın menfaatlerinden herhangi birisini elde etmek üzere alınır ve bu, caizdir.

f) Müferrağ (ilişkisi kesilmiş) **olmalı:** Yani rahinin hakkı ile meşgul (bağlantılı) olmamalıdır: Meyveli hurma ağacını meyvesiz olarak, ekin bulunan toprağı ekinsiz olarak, rahine ait eşyanın bulunduğu evi eşyasız olarak rehin bırakmak ve benzeri şeylerin rehnedilmesi sahih değildir. İşgal eden şeyin yani arabanın üstündeki yük, evin içindeki eşya gibi şeylerin rehnedilmesi ise caizdir.

g) Mehûz olmalıdır: Yani merhun, bir arada ve ayrı olacak; başkasına bitişik ve dağınık bulunmamalıdır. Ağaçsız olarak ağacın üstündeki meyvenin rehnedilmesi ile toprağın kendi hariç üzerindeki ekinin rehnedilmesi caiz değildir. Çünkü

1- *el-Mühezzeb,* I, 308; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 315.
2- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 269; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 88.

ağaçsız ve topraksız olarak meyvenin ve ekinin ele geçirilmesine imkân yoktur.

h) Mütemeyyiz olmalıdır: Yani müşâ (içinde başkasına ait hisse bulunan) olmamalıdır. Evin yarısının veya arabanın dörtte birinin rehnedilmesi caiz değildir. Bunu rehneden ortak dahi olsa hüküm böyledir.

Müferrağ, mehûz ve mütemeyyiz olma şartlarının koşulmasında sebep şudur: Kabz, rehinde lâzım bir şarttır, sıhhatin şartı değildir. Bu engellerin bulunması halinde ise kabz imkânsızdır. Rehin verilen şeyi müferrağ, mehûz ve mütemeyyiz olarak kabzetmekle akit tamamlanmış olur ve akit artık lâzım olur. Mürtehinin kabzetmediği şeyde ise rahin serbesttir. Dilerse onu teslim eder, dilerse de rehinden vazgeçer; hibede olduğu gibi. Çünkü rehin de hibe gibi ancak kabz ile lâzım olan bir teberru akdidir. Böylelikle aslında bu üç şartın bulunması ile merhunun da kabz edilmesinin gerçekleşeceği anlaşılmış olur.

5- Rehnin tamam olmasının şartı - Rehnin kabzedilmesi:

Fakihler merhunun kabzedilmesinin rehinde tek şart olduğu üzerinde genel olarak ittifak etmişlerdir. Çünkü yüce Allah: *"O takdirde kabzedilen bir rehin (alınız)"* (Bakara, 283) buyurmaktadır. Ancak bu şartın türünü belirlemekte ihtilâf edilmiştir. Bu bir lüzum şartı mıdır, yoksa tamamlayıcı bir şart mıdır? Bu görüş ayrılığının neticesi şudur: Bunun bir lüzum şartı olduğunu söyleyenler, kabz gerçekleşmedikçe râhin rehin ile ilzam edilmez ve akitten vazgeçmek hakkına sahiptir, derler. Kabz tamamlayıcı bir şart olduğunu söyleyenler rehin akit ile lâzım olur ve rahin, rehni kabzetme fırsatı vermeye mecbur edilir. Ancak mürtehinin râhin iflâs edinceye yahut hastalanıncaya veya ölünceye kadar talep etmekten vazgeçmesi veya mühlet tanıması durumları müstesnadır. [1]

Malikîlerin dışındaki cumhura göre: [2] Kabz bir sıhhat şartı değildir, o sadece rehnin lüzumunun bir şartıdır. Rehin kabz olmadıkça lâzım değildir. Kabz gerçekleşmediği sürece râhin kişi akitten vazgeçebilir. Ancak râhin rehini mürtehine teslim edip o da bunu kabzedecek olursa rehin lâzım olur ve râhinin kabzdan sonra tek başına bunu feshetmesi caiz olmaz.

Bunların delilleri yüce Allah'ın: *"O takdirde kabzedilen bir rehin (alınız)"* (Bakara, 283) buyruğudur. Eğer rehin kabzolmaksızın lâzım olacak olsaydı, burada "kabz" ile kayıtlamanın bir faydası olmazdı. Şanı yüce Allah burada rehni kabza bağlı kıldığına göre, kabz olmaksızın rehin tamam olmaz. Diğer taraftan rehin bir teberru akdi veya bir irfak, yani menfaatlendirme akdidir. O bakımdan kabule ihtiyacı vardır. Dolayısıyle akdin geçerli olduğuna ve rücunun olmayacağına delil olabilmesi için kabza ihtiyaç vardır. Buna göre rehin de hibe ve karz gibi ancak kabz ile

---

1- Bidâyetü'l-Müctehid, I, 270 vd.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 340 vd.; *el-Bedayi*, VI, 137; *el-Lübâb*, II, 54 vd.; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 12[illegible] *el-Mühezzeb*, I, 305 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ*, III, 317; *el-Muğnî*, IV, 328.

lâzım (bağlayıcı) olur.

Malikîlere göre: [1] Rehin kabz ve havz (ele geçirme) olmadıkça tamamlanmaz. Kabz, rehnin tamamlanmasının bir şartıdır. Yani bunun faydasının tamamlanması için bir şarttır; sıhhat veya lüzumun şartı değildir. Rehin kavl ile (yani icap ve kabul ile) yapıldığı takdirde, akit lâzım olur ve râhin, istemesi halinde rehni mürtehine vermeye zorlanır. Şayet mürtehin rehni istemekte gevşeklik gösterecek yahut da râhinin elinde kalmasına rıza gösterecek olursa rehin batıl olur. Bunların delilleri ise rehni söz ile lâzım olan diğer malî akitlere kıyas etmeleridir. Çünkü yüce Allah: *"Akitlere vefa gösteriniz"* (Maide, 1) diye buyurmuştur. Rehin de bir akit olduğuna göre, ona vefa göstermek vaciptir. Nitekim rehin, kefalet gibi bir vesikalandırma akdi olduğundan kabzdan önce ve mücerret akit ile lâzım olur.

Kabzın şart koşulmasına binaen, rahin ile mürtehin rehnin râhinin elinde olması şartı ile akitleşirlerse, böyle bir rehin sahih olmaz. Rehin râhinin elinde telef olacak olsa dahi borç düşmez. Şayet mürtehin, rehni rahinin elinden rehin olarak yanında alıkoymak üzere isteyecek olursa, onu kabzetme hakkı yoktur; çünkü rehin artık fasit olduktan sonra bir daha sahih olmaz. [2]

Rehnin kabzedilmesi nasıl gerçekleşecek?

Fakihlerin ittifakına göre akarın kabzı, onun fiilî olarak teslim edilmesi veya tahliye edilmesiyle olur. Yani kabzı engelleyen şeyin ortadan kaldırılması ile veya engellerin ortadan kaldırılarak onda tasarruf imkânının verilmesiyle mümkün olur. Böylece mürtehin ile merhunu başbaşa bırakır ve mürtehinin merhundan faydalanmasına imkân verir.

Menkulün kabzında ise Hanefîlerdeki zahir rivayete göre [3] tahliye ile yetinilir. Tahliye olduğu takdirde, rahin teslim etmiş mürtehin de kabzetmiş olur. Çünkü tahliye örfte de Şeriatte de kabzettirme olarak kabul edilir. Örfte bunun kabzettirme olarak kabul edilmesi, akarda kabzın ancak bununla mümkün olmasındandır. Bu bakımdan: "Bu arazi veya bu ev filanın elindedir." denilir ve bundan ancak tahliye anlaşılır. Bu da tasarrufta bulunma imkânını vermektir.

Şeriatte bunun böyle olmasına gelince: Tahliyenin nakil veya tahvil olmaksızın satışta bir kabzettirme olduğunda icma vardır. Karşılıklı ilişkinin tabiatı ve hızına uygun olarak makul olan görüş budur.

Ebu Yûsuf ise şöyle demektedir: Menkul mallarda tahliye yeterli değildir. Bunda nakil ve tahvil şartı da aranır. Böyle bir şey olmadığı sürece mürtehin kabzetmiş olmaz. Kabz, ayet-i kerimede: *"O zaman kabzedilen bir rehin"* şeklinde

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 271; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* I, 323 vd.; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 313.
2- *el-Bedâyi,* VI, 137.
3- *el-Bedâyi,* VI, 141; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 341; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 393; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 63; *el-Lübâb,* II, 54.

mutlak olarak varit olduğundan, hakiki kabz şekli hakkında olduğu kabul edilir. Bu ise ancak nakil ile gerçekleşir. Tahliyede ise hükmî bir kabz tahakkuk eder; o bakımdan bununla yetinilmez. Diğer taraftan rehnin kabzı sonucu mürtehin aleyhine akitten önce sabit olmayan bir tazminat vücuda getirilmiş olur. Dolayısıyla bu tazminatın meydana gelebilmesi için kabz ile naklin tamamlanması lazımdır; gaspta olduğu gibi. Ancak alışveriş bunun hilâfınadır. Çünkü alışverişe terettüp eden sadece tazminatın satıcıdan müşteriye nakledilmesinden ibarettir. Bu bakımdan onda tahliye ile yetinilir. Şu kadar var ki, rehin ile alışveriş arasındaki bu farkın sonuca her hangi bir etkisi olmadığı dikkati çekmektedir.

Şafiîlerle Hanbelîler [1], Ebu Yusuf ile ittifak halindedirler. Onlar da şöyle demişlerdir: Kabzdan maksat, alışverişte bilinen kabz şeklidir. Rehnin kabzı alışverişteki kabzetme gibi olur. Eğer bu bir akar yahut ev ve arazi gibi nakledilmeyen şeylerden olursa, bunun kabzı tahliye ile olur. Yani râhinin bu akar veya gayri menkul ile mürtehini -arada her hangi bir engel olmaksızın- başbaşa bırakınası ile gerçekleşir. Aynı durum ağaçtaki meyve, topraktaki ekin hakkında da söz konusudur. Şayet merhun menkul olursa bunun kabzedilmesi nakli ile veya ele geçirilmesi ile, yani onu rehin vermeden fiilen almakla gerçekleşir.

Şayet süs eşyası gibi bir şey olursa bunun kabzı nakledilmesi suretiyle tamamlanır. Eğer dirhem ve elbise gibi olursa bunun nakli fiilen ele alınması ile gerçekleşir. Şayet ölçülen veya tartılan bir şey olursa bunun kabzı ölçülmesi ve tartılması ile gerçekleşir. Eğer zira ile uzunluğu ölçülen bir şey ise onun kaç zira geldiğini ölçmekle kabzedilmiş olur. Şayet sayılan bir şey ise sayılması ile kabzı gerçekleşir. Sözü geçen bütün bu hususlarda örfe itibar edilir.

Akarların resmî rehni veya kabz yerine geçen şeyler:

Göründüğü kadarıyla rehnin kabzedilmesinden maksat, alacaklı olan mürtehinin güvenini sağlamak ve merhunu elinin altına alması suretiyle ondan borcunu istifa etmesine (almasına) imkân vermekle, onun güven ve huzur bulmasını sağlamaktır. Kabzın şart koşulmasından maksat, taabbüd yani her hangi bir mana üzerinde durmaksızın istenilen şeyi yerine getirmek değildir. Buna kıyasen alacaklı kimsenin güven duymasını sağlayacak her türlü vesilenin kabz yerini tutması sahih olur. Bunlardan birisi de günümüzde akarların resmî rehni ile ilgili olarak yapılan uygulamalardır. Bu rehin akarın tapu ve kadastro dairesinde bulunan sahifesine gerekli işareti (şerhi) koymak suretiyle gerçekleşir. Bu uygulama alacaklı namına merhunun muhafaza edilmesini ve alacağına karşı bir teminat olarak kalmasını gerçekleştirmekte ve onun maslahatını teminat altına almaktadır; dolayısıyla bu da şer'an istenen kabzın yerini tutabilmektedir. Malikîlerin resmî rehnin cevazı konusunda kabul ettiği görüş bu olduğu gibi; buna ek olarak fakihler arasında ittifakla kabul edilen rehn-i hiyazinin meşruiyetini de hatırlamak lâzımdır.

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 128; *el-Muğnî,* IV, 328; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 318.

Kabzın şartları:

1- Kabzın râhinin (rehin verenin) *izniyle olması:* Fakihler kabzın sahih olabilmesi için râhinin kabza izin vermesinin şart olduğunu ittifakla kabul etmişlerdir. [1] Çünkü rehin bununla lâzım olur ve râhinin rehinden rücu hakkı düşer. Eğer mürtehin bu sınırı geçerek izinsiz olarak kabzedecek olursa hükmü sabit olmaz ve bu rehni kabzetmemiş kimsenin durumunda olur. Râhin kabza izin verir, fakat kabzdan önce izninden vazgeçerse iznin hükmü de ortadan kalkar. Kabzdan sonraki vazgeçmesinin ise etkisi yoktur.

Mürtehin gasp yoluyla her hangi bir şey kabzeder ve kendisinden gasbedilen kişi de onun elinde bulunan bu şeyi rehin olarak kabul ederse bu durum hakkında İmam Malik şöyle der: "Bir şeyin gasp damânından rehin damânına intikali sahihtir. Bu durumda kendisinden o şeyin gasbedildiği kişi gasıbın elinde bulunan ve kendinden kabzetmeden aldığı şeyi rehin kılar, bu sahih olur."

İmam Şafiî ise sahih olmaz demiştir. Aksine gasbedilen bu şey gasp damânı ile kalır. Râhine dönünceye kadar bu böyledir, ondan sonra rahin onu kabzetmeye izin verir. Kendisinden gasbedilenin onu rehin vermesi ile gasıp damândan ibra olmaz.

İzin iki türlüdür: Sarih (açık) izin ve delâlet yoluyla izin.

Sarih izin rehin verenin: "Kabzetmene izin verdim" veya "razı oldum" demesi yahut da mürtehine "kabzet" vb. sözler söyleyerek rehni kabzetmesini emretmesidir. Bu durumda kabz, ister akit meclisinde gerçekleşsin, ister ondan sonra gerçekleşsin farketmez.

Delâleten veya zımnen izin ise, mürtehinin rehin edilen malı akit meclisinde kabzetmesi durumunda, râhinin de ses çıkarmayıp itiraz etmemesi hâlidir. Böyle bir kabz sahih olur. Çünkü rehin için icap, akdin eserinin terettüp etmesinin istendiğinin delilidir. Bu ise ancak kabz ile terettüp eder. Dolayısıyla icap, akit meclisinde zımnî olarak kabz için izin olur. Meclisten sonra ise öyle değildir. Çünkü meclisin son bulmasından sonra görüşü değişebilir.

İmam Züfer'in hibe konusundaki kanaatine kıyas edilecek olursa; kabzda sarahaten iznin bulunması kaçınılmazdır. Rehin akdinin yapıldığı meclisten ayrıldıktan sonra kabz caiz olmaz; çünkü kabz Züfer'in görüşüne göre bir rükündür.

2- Rehin akdini yapan tarafların her birisinin kabz esnasında akde ehil olmaları: Yani her iki taraf da akıl sahibi ve bülûğa ermiş olmalı, küçüklük, delilik veya sefihlik -ya da iflası geçerli kabul edenlere göre müflislik- sebebiyle hacir altında olmamalıdır. Çünkü rehin neticelerini ortaya çıkaran kabzdır. Bu bakımdan akit

1- *el-Bedâyi,* VI, 138; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 269; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 128; *el-Muğnî,* IV, 232; *el-Mühezzeb,* I, 305 vd.

için gerekli olan rehinde de gerekli olur. Bu konu üzerinde dört mezhep imamının ittifakı vardır. [1]

Akitten sonra ama kabzdan önce akit yapanlardan biri delirse, bunasa veya ölse Hanefîlere göre akit batıl olur. Çünkü aktin tamamlanmasından önce âkitlerden birisinin ehliyeti kaybolmuştur.

Esah olan görüşlerinde Şafiîler ve Hanbelîler şöyle der:

Bu durumda rehin batıl olmaz; muhayyerlik hakkı bulunan alışverişte olduğu gibi. O vakit delilin veya bunağın velisi onun yerine geçer. Nitekim mirasçı da ölünün yerini tutar. Aynı şekilde kayyim de, sefihlik sebebiyle hacir altına alınması hâlinde sefihin yerini tutar. İflas sebebiyle hacir altına alınacak olursa rehni teslim etme yetkisi olmaz. Şayet baygınlık geçirecek olursa mürtehin de rehni kabzedemez.

Malikîler şöyle der: Rahinin ölümü, delirmesi, iflâsı yahut da ölümü ile sonuçlanan hastalığı, kabzdan önce olursa rehin batıl olur. Ancak mürtehinin ölümü, iflâsı, deliliği yüzünden hacir altına alınması dolayısıyla batıl olmaz. Çünkü akit sözlü olarak tamamlanmış bulunmaktadır. Onun geçerli olmasında mürtehinin açık bir menfaati vardır. Bu bakımdan onun mirasçısı kabzda onun yerini tutar.

Rehin veren kişi kabzdan önce ölümcül bir hastalığa yakalanacak olursa Hanefîlere göre borcu bütün malı nı kapatıyor ve başka alacaklıları da varsa merhunu teslim etmesi veya kabzettirmesi caiz değildir. Çünkü o, alacaklılarının bir kısmının borcunu öderken bir kısmını ödememe hakkına sahip değildir, çünkü böyle bir durumda hepsinin hakları onun malına taalluk etmektedir. Ancak diğer alacaklıların razı olması hâli bundan müstesnadır.

Bu, önceden de açıkladığımız gibi Malikîlerin görüşüne uygundur. Esah olan görüşlerinde Şafiîler ve bir görüşlerine göre Hanbelîler şöyle demektedir: Hasta, alacaklılarının bir kısmının alacağını özellikle ödeme hakkına sahiptir. İsterse borçları onun bütün malını kapatsın. Çünkü o, üzerine vacip olan bir şeyi ödemektedir. Dolayısıyla o rehni kabzettirebilir. Her iki mezhepte de, rehni teslim etmek yetkisi ise yoktur, diye de bir kavil vardır.

3- Rehin kabzedilmesinin devamlılığı: Hanefî, Malikî ve Hanbelîlere göre kabzın sahih olması için kabzın devamlı olması şarttır. [2] Eğer rehni kabzeder, ondan sonra mürtehin bunu kendi isteği ile râhine geri verecek olursa veya ödünç, emanet bırakma, kiraya verme, kullanma bir bineğin veya arabanın binilmesi sure-

1- *el-Bedâyi,* VI, 135, 141; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 268, 271; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 122, 129; *el Muğnî,* IV, 328 vd.; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 316; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 319; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* II 241; *el-Mühezzeb,* I, 307.

2- *el-Bedâyi,* VI, 142; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 271 vd.; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 241 vd., 243; *el Kavânînü'l-Fıkhiyye,* 324; *el-Muğnî,* IV, 331.

tiyle tekrar ona geri dönecek olursa, Malikîlerle Hanefîlere göre rehin batıl olur. Rehnin lüzumu ortadan kalkar ve akit Hanbelîlere göre kabzı gerçekleşmemiş gibi kalır. Eğer râhin vaz geçip tekrar bunu mürtehine iade edacek olursa, Hanbelîlere göre bu önceki aktin gereğince iade edilmiş olur. Hanefîlerle Malikîlere göre ise rehin ancak yeni bir akit ile geri döner.

Bunların delilleri ise şanı yüce Allah'ın: *"O vakit kabzedilen bir rehin"* buyruğudur ki, bu buyruktan kabzın devamlılığının şart koşulduğu an.laşılmaktadır.

Şafiîler ise şöyle demektedir: [1] Kaldığı takdirde kendisinden yararlanmanın mümkün olduğu şeylerde kabzın devamlılığı kabzın sıhhatinin şartlarından değildir. Buna göre kabzedilmiş olması, merhunun râhine ariyet (ödünç) olarak verilmesini engellemez yahut da râhinin merhunu mürtehinin izni ile almasına ve meselâ binmek, oturmak ve kullanmak maksadı ile kullanmasına mani olmaz. Yine bu, borç karşılığında bir teminat olarak kalır. Bu ise Darakutnî ile Hakim'in rivayet ettiği şu haber sebebiyledir: *"Rehine binilir, sütü sağılır."* Diğer taraftan Buharî'de şu rivayet vardır: *"Şayet binek merhun olursa, ona yapılan masraf karşığında sırtına binilir."* Şu da var ki rehin, başlangıcında kabzın muteber kabul edildiği bir akittir. Hibede olduğu gibi bunda da devamlılık şartı yoktur.

Şayet merhun ancak tüketilmesi yolu ile kendisinden istifade edilebilecek bir şey olursa, rahin kabzdan sonra ondan yararlanmak için geri isteme hakkına sahip değildir; bunun mürtehinin elinde devamlı olarak kalması gerekir, ancak bu şekilde onun hakkı teminat altındadır. Böylelikle onun hakkı zayi olmak ve telef olmakla karşı karşıya kalmaz.

Rehnin Önceden kabzedilmesi veya mürtehinin elinde bulunanın rehnedilmesi:

Merhun mürtehinin elinde ödünç, emanet, kiraya verme veya gasp yoluyla bulunmaktaysa, bu durumda rehin akdinden önceki kabz ile yetinilir ve rehin sonrası kabza ihtiyaç kalmaksızın, akit sahih sayılır ve sadece icap ve kabul ile lâzım olur mu, yoksa akitten sonra rehnin kabzını bir defa daha yenilemek gerekir mi?

Cumhura göre: Hanefîler, Malikîler ve Hanbelîler [2] rehnindaha önceki kabzedilmesi ile yetinilir ve yenilenmesine gerek yoktur demişlerdir.

Hanefîler bu münasebet ile hibe, rehin ve buna benzer akitlere uyan bir kaide de belirlemiş ve şöyle demişlerdir: "Eğer merhun akit esnasında önceden kabzedilmiş ve her iki kabz arasında tecanüs (tür benzerliği) bulunursa, meselâ bunların her birisi ötekinin gücünde olursa, rehnin kabzın yerini tutar. Şayet kabzlar arasında farklılık bulunursa, daha üstün gelen kabz, daha aşağıdakinin yerini tutar.

1- *el-Mühezzeb,* I, 311; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 130-132.
2- *el-Bedâyi,* V, 126 vd. VI, 142; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 236; *el-Muğnî,* IV, 334; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 309; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 269.

Bu kaidenin izahı şöyledir: Hibede kabz, belirtmiş olduğumuz gibi iki türlüdür. Birisi emanet altındaki kabz, diğeri tazminat altındaki kabzdır. Vedianın kabzı emanet altındaki kabza, gasp kabzı da tazminat altındaki kabza misâldir. İkincisi ise birincisinden daha kuvvetlidir.

Şayet önceki kabz ile sonraki kabzın cinsleri bir olursa, yani her ikisinin türü bir olursa, meselâ her ikisi de emanet kabzı veya tazminat altındaki kabz türünden olursa birinci kabz ikinci kabzın yerini tutar. Rehin kabzı ise bir emanet kabzıdır. [1] Rehin kabzından daha aşağıda bir kabz hâli de bulunmamaktadır.

Şayet mal buradan önce vedia, ödünç veya icare yolu ile alacaklının elinde iken râhin bunu alacaklının yanında rehin bırakırsa, artık bu rehin lâzım olur; ikinci bir defa kabzı yenilemeye de ihtiyaç yoktur. Çünkü vedia ve benzerlerinin kabzıyla rehin kabzı aynı türdendir. Bunların her biri emanet altındaki bir kabzdır; dolayısıyla biri ötekinin yerini tutar.

Şayet daha önceden mal alacaklının elinde gasp yoluyla bulunmakta ise ve bu malın sahibi bunu satış veya karz gibi bir borç ilişkisi sebebiyle gasbedicinin yanında rehin bırakmak isterse, gasb yoluyla kabzedilmiş oluşu rehnin yerini tutar. Çünkü bu, rehin kabzından daha güçlü olan tazminat altındaki bir kabzdır. Çünkü rehin de ondan daha aşağı olan bir emanet kabzıdır. Daha üstün olan ise daha aşağı olanın veya daha kuvvetli olan daha zayıf olanın yerini tutar.

Malikîlere göre: Onlara göre rehin kabzından önceki kabz, her ne tür olursa olsun, onun yerini tutar. Çünkü onlara göre kabzdan maksat, hiyaze (ele geçirmek)'dir. Bu da zaten gerçekleşmiştir. Onlarca kiraya verilmiş *ayn*'ın icare müddetinin bitmesinden önce kiracının yanında rehnedilmesi caiz olduğu gibi, müsakat akti (bir kişinin bahçe verip diğerinin çalışarak ağaçları yetiştirip meyve almak ve belli bir hisbetle ürünü bölüşmek üzere akit yapmaları gereği bahçede çalışan birisinin yanında bahçeyi rehin bırakmak da caizdir. Bundan önce bu *ayn*'ı kiralama ile ve bu bahçeyi de müsakat ile elinde bulunduran kişinin bu hiyazesi (elde bulundurması) ile yetinilir.

Hanbelîlere göre: Mürtehin iare, ida, gasp veya benzeri bir yolla elinde bulundurduğu bir şeyi rehin alacak olursa rehin sahih olur; icap ve kabul başka bir şeye gerek kalmaksızın lâzım (bağlayıcı) olur. Çünkü o esnada rehin bırakılacak olan

1- Merhunun telef olması ile borcun tümünün veya bir kısmının düşmesinin sebebi ise daha başkadır: Mal olarak merhun hakkının teminatı ve bir bakıma da alacağının ödenmesi olmak üzere alacaklının yanında mahpus (alıkonulmuş) olarak değerlendirilir. Çünkü o merhunun kıymetini veya onun bir kısmını eli altında bulundurmaktadır. Bu telef olacak olursa, mal olarak merhunun asıl sahibine iade edilmesine imkân kalmaz. Böylece onun merhundan borcunu (alacağını) elde etmiş olması söz konusu olur; bu bakımdan merhunun maliyeti kadar alacağı düşer. Buna göre alacağın kıymetinden fazla olan rehnin telef olan kısmı emanetler gibi telef olur. Çünkü o miktar hakkını elde etme maksadı uğrunda mahpus (alıkonulmuş) değildir.

mal, zaten onun yanında bulunmaktadır. Kabz ise ancak elde bulundurmak için şart koşulmuştur.

Şafiîler ile Hanbelîlerden Kadı Ebu Ya'lâ'ya göre: [1] Önceki kabz yeterlidir. Fakat o şeyin kabzedilmiş bir rehin olması, kabzın mümkün olabileceği bir sürenin geçmesi ile mümkündür. Şayet bu nakledilebilecek bir şey ise, onun nakledilmesinin mümkün olacağı; eğer ölçülen bir şey ise o şeyin ölçülebileceği kadar bir sürenin geçmesi lâzımdır. Şayet menkul değilse tahliye edilebilecek bir sürenin geçmesi uygundur. Şayet mürtehin taşınmaz (gayri menkul) ise, mürtehinin kendisi ya da vekili onun yanına gidip sonra da onu kabzetmesinin mümkün olabileceği bir süre geçmedikçe kabzedilmiş olmaz. Çünkü bu akit için kabza ihtiyaç vardır. Kabz ise onun fiili ve mümkün olması ile meydana gelir; bu da ancak belli bir süre içinde gerçekleşir.

Cumhur ise şöyle demektedir: Şayet mürtehin merhunu rehinden önce tazminat altında olmak üzere o malı elinde bulundurmakta ise, onun rehin bırakılması ile artık o mal onun yanında emanete dönüşmüş olur. Çünkü tazminatı gerektirici sebep rehin bırakmak suretiyle ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla onun etkisi olan tazminat da sebebinin ortadan kalkmasıyla ortadan kalkar. Bunun delili ise şudur: Tazminat gereği, malın sahibine iade edilmesi ile ortadan kalkar. Çünkü tazminat, gerektiren sebep ortadan kalkmıştır. Tazminatın sebebi ise ya gasp ya da ödünç almadır. Malın rehin bırakılmasıyle mürtehin artık gâsıp ve ödünç alan olmaktan çıkmıştır, o halde sebep ortadan kalktıktan sonra hüküm de devam etmez.

Şafiîler şöyle der: Bundan önceki elde bulundurma eğer tazminat yoluyla ise, aynı şekilde kalır. Şayet mürtehinin elinde bulanan merhun, onun gasbetmesi veya ariyet (ödünç) alması yoluyla olmuşsa, o malın kendisi yanında rehine bırakılması onu gasptan [2] veya iareden ibra etmez. Çünkü bu iki durum arasında bir aykırılık yoktur. O halde tevessuk (belgelendirme) maksadı ile elde tutmak -bu mürtehinin emanet yoluyla elinde tutmasıdır- ile tazminat yoluyla elde bulundurması arasında fark kalmaz. Bunun delili de şudur: Eğer mürtehin merhuna her hangi bir şekilde tecavüz edecek olursa rehin baki olmakla birlikte onun tazminatını öder. Bunun da delili diğer alacaklılar bir tarafa, yalnızca onun bu tazminatı ödemesidir. Eğer rehin akti, tazminat ile batıl olmuyor veya ortadan kalkmıyorsa, aksine bununla birlikte kalmaya devam ediyorsa, rehnin tazminatı ortadan kaldırmaması öncelikle söz konusudur.

1- *el-Mühezzeb,* I, 366; *el-Muğnî,* IV, 334; Muğni'l-Muhtac, II, 128.

2- Eğer rehin bırakmak gasıbı gasptan ibra etmiyorsa, malik, gasıbı gasbedilenin geri kalanın tazminatından ibra edecek olsa, yine ibra olmaz. Çünkü aynlardan ibra söz konusu değildir. Zira ibra zimmette bulunan şeyi düşürmek veya temlik etmektir. Aynı şekilde telef olduktan sonra zimmetinde sabit olanın tazminatından ibra edecek olsa, yine durum böyledir. Çünkü bu, vacip olmayan şeyin ibrasıdır. Yine gasbedilen şeyi ona icar olarak verse ve o konuda onunla mudarebe yapsa yahut tasarruf için vekalet verse, rehin bırakmakta olduğu gibi yine ibra olmaz.

Fakat bir şeyi gâsıbın yanında vedia olarak bırakmak, esah olan görüşe göre, onu gasptan ibra eder. Çünkü ida bir çeşit emanet vermektir ve bu tazminata aykırıdır. Bunun da delili şudur: Vediaya her hangi bir tecavüzde bulunacak olursa rehindekinin hilâfına, artık o emin olmaktan çıkar.

Rehin kabzını kim yapar?

Rehni ya mürtehin veya onun vekili kabzeder. Vekilinin aynı zamanda rahin olması sahih olmaz. Çünkü kabzdan maksat, mürtehinin güvenlik duymasıdır. Rehnin râhinin elinde kalması halinde ise kabz gerçekleşmez.

Râhin ile mürtehinin rehni seçecekleri bir kişinin yanında bırakmak üzere ittifak etmeleri caizdir; bu kişi onu kabzeder ve kendi yanında muhafaza eder. Böyle bir kimseye "adl" adı verilir. Çünkü râhin bazen rehnini mürtehinin yanında bırakmak istemeyebileceği gibi, mürtehin de bazen rehni yanında bulundurmak istemeyebilir. Çünkü telef olduğu takdirde tazminatını ödemek vs. gibi durumlardan korkabilir. [1]

Adl:

Tayini, azledilmesi, lehine ve aleyhine olan işler veya ona dair hükümleri.

Adlin tayini: Adl, râhin ile mürtehinin rehnin elinde bulunmasına güven duyacağı kimsedir. [2] Onlar bu kimseye hem rehni koruması hem de elinde bulundurması bakımından güvenirler ve adl olan kişi râhinin de mürtehinin de aynı zamanda vekili kabul edilir. Râhinin vekili olmasının sebebi, merhunu korumasıdır. mürtehinin vekili olmasının sebebi ise, mürtehinin rızası ile kabzda ona vekil olmasıdır. Hatta onun rehni yanında alıkoyması bir bakıma borcu bir çeşit istifası (alması) da sayılmaktadır.

Adlin veya eminin iki sıfatı vardır: Birisi rehnin maliki olan rahine vekil olması itibarıyla emanet sıfatıdır; merhun da ayn'ı itibarıyla onun yanında bir vediadır. Diğeri ise mürtehinin vekili olmak hasebiyle tazminat sıfatıdır. Merhunun mal olmak bakımından onun yanındaki durumu bir vediadır.

Adl olan kişi aynı zamanda hem râhinin hem de mürtehinin vekili olduğundan, onda vekil için ön görülen şartların bulunması gerekir. [3] Buna göre adl bütün fukahaya göre temyiz çağına gelmemiş bir çocuk, cinnet veya bunama yüzünden hacir altına alınmış birisi olmamalıdır. Aynı şekilde Hanefîlerin dışında kalan cumhura göre mümeyyiz çocuk ve sefihlik sebebiyle hacir altında olan kişi de olmaması gerekir. Borçlu olan *mekfûlünanhin* kefilinin takdim edeceği rehin hususunda adl olması uygun değildir. Çünkü o, bu durumda kendi namına çalışan bir kişi olur. Or-

1- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 321.
2- *Tebyînü'l-Hakâik üzerine Şilebî Haşiyesi,* VI, 80.
3- *el-Bedâyi,* VI, 150; *el-Muğnî,* IV, 351; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 133.

tağın da ortağının takdim edeceği rehin konusunda adl olması uygun düşmez. Mudarebede de mal sahibi kimsenin mudarebeye ait bir borç konusunda mudaribin takdim edeceği bir rehinde adl olması uygun değildir. Çünkü o mudarip olarak malı elinde bulundurur.

Rehin aktini yapan iki taraf, adlin râhinin kendisi olması üzerinde ittifak etseler; şayet bu ittifak mürtehinin kabzından önce gerçekleşirse ittifakla böyle bir rehin sahih olmaz. Çünkü aktin hakkını ifsat edici bir şart bulunmaktadır. Şayet bu ittifak mürtehinin kabzından sonra olursa, Şafiîlere göre bu caizdir. (1) Çünkü onlara göre rehnin mürtehinin elinde tutulmasının devamı şartı yoktur. Şafiîlerin dışındakilere göre ise böyle bir rehin sahih olmaz.

Adlin tayini râhin ve mürtehinin ittifakı ile gerçekleşir. Bu tayin mürtehin merhunu kabzetmeden önce de kabzdan sonra da olsa aynıdır. Çünkü bazen buna ihtiyaç duyulabilir. Meselâ, râhin rehnin alacaklısının elinde olmasını istemeyebilir. Ona güvenmemesi, emin olmaması, ona ihtiyacı olduğu halde rehine zarar vereceğinden korkması bunun sebepleri arasında olabilir.

Adl kişi rehni kabzettiği takdirde, onun kabzı sahih olur ve bu kabz ile de rehin fakihlerin cumhuruna göre lâzım (bağlayıcı) olur. Çünkü bu akit üzere gerçekleşen bir kabzdır. Dolayısıyla bunda vekil tayin etmek, diğer kabz türlerinde olduğu gibi caizdir. Adl de kabz konusunda mürtehinin vekili idi. Rehnin mal olması bakımından onu tazminat sıfatıyla elinde bulundurur. Aynı zamanda rehnin ayn'ı açısından râhinin de emanet sıfatı ile vekilidir. Tazminat yoluyla elde bulundurmak ile emanet yoluyla elde bulundurmak arasında fark olsa bile, bu böyledir.

İbnu Ebî Leylâ, Züfer ve Katâde gibi bazı fakihler, adlin kabzı sahih olmaz demişlerdir. Çünkü kabz aktin tamamlayıcı unsurudur. Dolayısıyla tıpkı icap ve kabulde olduğu gibi taraflardan birisinin bunu gerçekleştirmesi gerekir ki, bu da mürtehindir. (2)

Rehin aktinde bulunan taraflar, merhunu birlikte muhafaza etmek üzere ve birisi tek başına muhafaza etmemek şartıyla, âdil iki kişinin elinde bulundurabilirler. Şayet bunlardan birisi ötekine teslim edecek olursa teslim eden onun yarısını tazmin eder. Bu da onun haddini aştığı miktarda söz konusudur. Bu görüş Hanbelîlere göredir. Şafiîlerdeki esah görüş de budur. (3) Çünkü rehnin tarafları ancak iki adlin muhafazasına razı olmuşlardır. Onlardan her hangi birisinin tek başına muhafazaya kalkışması ve her birisinin elinde birer anahtarı bulunan bir mahzende bulundurmaları caiz değildir.

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 133 vd.

2- *el-Muğnî,* IV, 451; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 133; *el-Mühezzeb,* I, 310; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* 220 *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 80; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 357; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 321.

3- *el-Muğnî,* IV, 352; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 134; *el-Mühezzeb,* I, 310.

Ebu Hanife şöyle der: Eğer paylaştırılması mümkün olan şeylerden olursa caiz olur; değilse onlardan her birisi onun hepsini elinde bulundurabilir. Çünkü ikisinin de o rehni muhafaza etmek için bir araya gelmeleri zordur.

Ebu Yusuf ile Muhammed şöyle demiştir: Onlardan birisi ötekinin rehni yanında bulundurmasına razı olursa caiz olur.

Adlin azledilmesi: Adl kişi, aşağıdaki hallerde azledilmiş olur: (1)

1- İstifa: Adlin kendisi istifa eder ve rehni aktin taraflarına reddedecek olursa, artık onun vekaleti son bulur. Çünkü adl, bunu bedelsiz olarak koruyan emin bir kimsedir. Buna devam etmek zorunda değildir. Şayet rehin tarafları bunu kabul etmez, o da durumunu hakime arzederse hakim rehin taraflarını onun istifasını kabul etmeye mecbur eder ya da bir başka adle verir.

2- Velâyetinin (yetkisinin) sona erdirilmesi: Akit tarafları adli azletmek veya değiştirmek yahut da rehnin mürtehinin elinde olması için ittifak etseler, adl azledilmiş olur. Çünkü o ikisinin vekilidir. Şayet ikisi ittifak etmeyecek olurlarsa durum hakime arz edilir; dilerse adli değiştirir, dilerse bırakır.

3- Rehnin satılması ve mürtehinin alacağının rehnin bedelinden ödenmesi.

4- Mürtehinin değil de râhinin ölmesi. Hanefîlerdeki zahir rivayete göre böyledir. Şayet râhin ölecek olursa ve adlin tayin edilmesi rehinin aktinden sonra olmuşsa adl azledilmiş olur. Çünkü o, bu durumda bir vekildir ve müvekkilinin ölümüyle vekâlet son bulur. Ancak mürtehin ölecek olursa, Hanefîlere göre mirasçıları rehni alıkoymaya devam edebilirler. Çünkü borç kendilerine onun teminat altına alması ile intikal etmiştir. Dolayısıyla onu elde tutmak hakkı da onlara intikal etmiştir.

Şayet adlin tayini rehin akti sırasında olmuşsa, rehinin ölümüyle de mürtehinin ölümüyle de azledilmiş olmaz. Çünkü adlin tayini rehne tabidir. Rehin ise akit taraflarından birisinin ölmesi ile batıl olmaz. Dolayısıyla rehne tabi durumda olan adl da azledilmiş olmaz. Hanbelîlerle Şafiîler şöyle demektedir: (2) Râhinin ölümüyle adl azl edilmiş olur; çünkü onun vekilidir. Mürtehinin ölümü ile azledilmez, çünkü onun vekili değildir.

5- Adlin ölümü: Adl öldüğü takdirde onun mirasçılarının, akti yapan taraflar bu konuda ittifak etmedikçe, rehni ellerinde alıkoymak hakları yoktur.

6- Adlin delirmesi: Eğer adl, iyileşmesi umulmayacak bir şekilde delirirse, azledilir. Şifa bulması umuluyorsa azledilmez.

7- Rahinin adli azletmesi: Şafiîlerle Hanbelîlere göre (3) râhinin adli azletme-

1- *el-Bedâyi,* VI, 151; *el-Muğnî,* IV, 353; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 134 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 307.
2- *el-Muğnî,* IV, 354.
3- *el-Muğnî,* IV, 353.

siyle azledilir. Rehin aktinde tayin edilmesinin şart koşması ile, akitten sonra şart koşması arasında fark yoktur; çünkü adl onun vekilidir. Mürtehinin azletmesi ile onlara göre azledilmez, çünkü o, mürtehinin vekili değildir. Nitekim râhinin ölümünde de hüküm böyledir.

Hanefîler şöyle der: [1] Adlin tayin edilmesi rehnin akabinde olmuşsa, râhin onu azledebilir. Ancak tayin rehin aktinin kendisinde olmuşsa, azledilmez. İmam Malik şöyle der: Adl, râhinin azliyle azledilmez. Çünkü onun vekâleti artık rehnin haklarından olmuştur. Dolayısıyla râhin diğer haklarında olduğu gibi bu hakkı da düşüremez.

Özet olarak rahinin ölümü ve adli azletmesi ile adl olan kişi, Şafiîlerle Hanbelîlere göre, azledilmiş olur. Çünkü burada vekâlet, lâzım (bağlayıcı) olmayan, caiz bir vekâlettir. Dolayısıyla râhinin bunu devam ettirmeye mecbur edilmesi söz konusu değildir.

Hanefîler de şöyle demektedir: Rehinden sonraki tayinde azledilir, rehin ile birlikte yapılan tayinde azledilmez.

Malikîler ise azledilmez, derler. Diğer taraftan adlin, mürtehinin onu azletmesi ile de ölmesi ile de azledilmeyeceğinde ittifak etmişlerdir. Çünkü o, râhinin vekilidir. Zira rehn malikin mülküdür. Onu tek başına vekil tayin etmesi bile sahih olur ve başkasının azletmesiyle azledilmez.

Adlin hükümleri veya lehine ve aleyhine olan işler (Hakları ve Görevleri): Adlin aşağıdaki şekilde bir takım hak ve görevleri vardır: [2]

1- Adlin, kendi malını koruduğu gibi rehini de koruması gerekir. Bunu bizzat kendisinin yahut da yanında malını kendisi vasıtası ile muhafaza ettiği kimsenin yanında koruması gerekir. Çünkü adl, korumak açısından yanında vedia bırakılan vedi hükmündedir.

2- Rehni elinin altında tutması gerekir. Râhine ya da mürtehine ötekinin izni olmaksızın geri veremez. Çünkü her ikisi de rehni onun elinin altında bulundurmakta ittifak etmişlerdir. Onlardan birisi ötekinin bu rehni muhafaza etmesine razı olmamıştır. Mürtehinin de râhinin de takdir edilen rehni alma yetkileri yoktur. Çünkü o rehinde de her ikisinin de hakkı vardır. Râhinin hakkı rehnin muhafaza edilmesinde, mürtehinin hakkı da hakkını onda alabilmesindedir. Onlardan her hangi birisi de ötekinin hakkını iptal edemez. Adl olan kişi rehni birinin izni olmaksızın ötekine verecek olursa diğeri bunu alıp adle geri verme hakkına sahiptir.

1- *el-Bedâyi,* VI, 151.

2- *el-Bedâyi,* VI, 148 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 80 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 221 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 358 vd.; *el-Lübâb,* II, 57; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 321; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 134 vd.; *el-Muğnî,* IV, 353 vd.

Eğer rehin adle geri verilmeden önce birilerinin elinde telef olacak olursa, onun kıymetini, tazminatını adl verir. Çünkü o bu rehni onlardan birisine vermek suretiyle bu rehne tecavüzde bulunmuştur. Yani bu durumda o, rehnin veya borcun kıymetinden hangisi daha az ise, onun tazminatını öder. Bu hüküm Hanefîlerle Malikîlerin ittifakına göre böyledir.

Adl, borcun ortadan kalkmasından önce tarafların rızası olmaksızın yabancı birisine rehni teslim edecek olursa yine hüküm böyledir. Adl bunun kıymetinin tazminatını ödeyip her ikisine verecek olursa onlar bu tazmin olunan kıymeti yine onun elinde borcun ödeneceği zamana kadar rehin olarak bırakma imkânına sahiptirler. Ancak bizzat adlin kendisi bu kıymeti kendi elinde rehin olarak bırakmaz. Çünkü bu kıymeti ödeyen kendisidir. Eğer bunu kendisi de rehin olarak kabul edecek olursa hem ödeyen, hem de ödenen olur. Bu ikisi arasında bir aykırılık vardır. Eğer râhin borcu ödeyip rehnin kıymetini adlden almak isteyecek olursa, duruma bakılır:

Şayet adl bu tazminatı râhine rehni ödemesi sebebiyle ödemiş ise, râhinin rehnin kıymetini ondan alma hakkı yoktur. Çünkü rehni ona verdiği sırada hakkı ona ulaşmış bulunmaktadır. Dolayısıyla bunun kıymeti adlin hakkı olur.

Eğer adl bu tazminatı mürtehine ödemiş olduğundan dolayı vermek durumunda kalmışsa, râhin rehnin kıymetini ondan almak hakkına sahiptir. Çünkü bu, rehnin ayn'ından bedeldir. Bu durumda adlin ödemiş olduğu bu tazminat gereği mürtehine -bunu ariyet veya vedia olmak üzere ödemiş ise- rücu etme hakkı yoktur. Çünkü adl ona kıymetinin tazminatını ödediği andan itibaren temellük etmiş olduğu mülkünü ona ödemiş bulunmaktadır. [1] Şayet onu kendisine bir rehin olarak ödemişse mürtehinin aleyhine tazminat altında demektir. Tıpkı rehin almak veya satın almak maksadıyla kabzetme halinde olduğu gibidir. Çünkü o, bunu tazminat altında olmak üzere ona vermiş bulunmaktadır.

3- Adl rehinden faydalanamaz, kiralık veya ödünç olarak verme veya rehin yoluyla onda tasarrufta bulunamaz. Çünkü onun görevi bunu elde tutmaktır. Bundan yararlanma ve tasarruf hakkına sahip değildir. Rehin akti esnasında veya ondan sonra, satma yetkisi verilmediği sürece onu satamaz. Adl vefat edecek olursa rehnin satılması konusunda onun mirasçısı yerini tutamaz. Çünkü vekâlet mirasla devralınmaz. Satış hususunda onun vasisi de aynı şekilde onun yerini tutmaz. Çünkü râhin onun vasisinin görüşüne razı değildir.

Ebu Yûsuf'a göre ise onun yerine geçer. Çünkü vekâlet bağlayıcıdır; dolayısıyla adlin vasisi de mudarebe ortaklığındaki amil öldüğü takdirde onun vasisi durumundadır. Ebu Yûsuf'a şu şekilde cevap verilmektedir: Mudaribin hayatında ve

1- Bir başka ifade ile şöyle denilebilir: Adl kişi, tazminatı ödemek suretiyle mürtehine ödeme yaptığı vakitten itibaren merhuna malik olur ve böylelikle onun kendi malını ida etmiş veya iare vermiş olduğu ortaya çıkar. Müstair ve vedi de her hangi bir teaddi (tecavüz) olmadıkça tazminat ödemezler.

mal sahibinin izni olmaksızın vekâlet verme yetkisi vardır ve bu bakımdan adlden farklıdır. Dolayısıyla küçüğün malında babanın durumunda olduğu gibi vasinin (vekalette) onun yerine geçmesi caiz olur.

Adl, rehni satacak olursa artık o rehin olmaktan çıkar. Çünkü müşterinin mülkü olmuş olur. Bu sefer onun kıymeti rehin olur. Çünkü kıymeti rehnin yerine geçmiştir.

Adl rehinden doğan fazlalıkları satma hakkına sahiptir. Çünkü bu fazlalık, asla tabi olmak üzere merhundur. Rehnin kıymetinin misli ile veya insanların aldanabilmesi mümkün miktar kadar daha aşağı kıymette satma imkânı olduğu gibi, peşin veya veresiye de satabilir. Bu Ebu Hanife'nin görüşüne göre böyledir. Sürenin gelmesinden önce satma hakkı da vardır. O takdirde sattığı malın kıymeti onun yanında borcun ödenme süresi gelinceye kadar rehin olur. Çünkü merhunun (rehinin) kıymeti de rehindir.

Şafiîlerle Hanbelîler şöyle der: Adl ancak semen-i misil ile ve beldesinde kullanılan nakit ile peşin olarak satılabilir; bu durumda vekil gibidir. Şayet adl satışı yapar ve kıymeti kabzedecek olursa, bu kıymet onun yanında rehine karşı tazminatı altındadır; çünkü bu onun mülküdür, adl de onun eminidir ve bu, mürtehin tarafından kabzedilinceye kadar böyle kalır.

4- Rehin adlin elinde her hangi bir tecavüz olmaksızın telef olacak olursa mürtehinin elinde helâk olmuş gibidir. Çünkü adlın elinde bulundurulması, rehnin mahiyeti bakımından mürtehinin elinde olması gibidir. Bu durumda Hanefîlere göre mürtehinin aleyhine borc ve rehnin kıymetinden daha az olanı ile tazminat altındadır.

Adl kendisinin kusuru, ihmali sebebiyle rehnin kıymetini tazminat olarak ödeyecek olsa yahut da adlin rehini haksız yere kendisine vermiş olduğu yabancı kişi tecavüzü sebebiylebu tazminatı ödeyecek olsa, artık adl bu tazminat kıymetini elinde rehin olarak tutamaz. Çünkü her iki haldede bu kıymetin ödenmesi onun üzerine vaciptir. Tek bir kişinin aynı anda hem ödeyen hem kendisine ödenen olması uygun değildir.Ancak bu tazminatı rehin ve mürtehin birlikte alır ve adlin veya bir başkasının yanında onu rehin olarak bırakırlar. Şafiîlerle Hanbelîler ise rehne tecavüz eden kişinin yabancı olması halinde bu kıymet rehin olarak kalır, derler.

Rehin üzerinde başkasının hakkı söz konusu olursa ve bu arada rehin adlin elinde bulunuyorsa, onda hak sahibi olan kişi adlin elinden alır ve rehin batıl olur. Şayet bu hak ediş, rehnin helâkinden sonra olmuşsa, bu sefer onu hak eden kişi kıymetinin tazminatını râhine ödetmekle adle ödemek arasında serbesttir. Adl bunun tazminatını ödediği takdirde, râhine ödediği tazminat miktarı kadar müracaat eder. Çünkü o râhinden başka bir kişidir.

5- Rehin aktinde vekâlet şart koşulmuşsa Hanefîlere göre satış yetkisi olan adl,

mürtehinin hakkına riayet etmek için, onun rızası olmaksızın kendi kendisini azledemez. Böyle bir durumda adl, borcun vadesi geldiği halde satışı yapmak istemiyorsa, satmaya mecbur edilir. Bu ise hakimin onu birkaç gün tutuklaması ile olur. Buna rağmen yine satmamakta direnirse, hakim marifetiyle satılır. Çünkü böyle bir durumda rehnin satılması, mürtehin için bir hak olmuşur.

Şayet adle satış vekâleti rehin aktinden sonra verilmişse adlin kendi kendisini azletme yetkisi vardır. Çünkü bu durumda o başlı başına ve ayrı olarak verilmiş bir vekâlet sayılır, dolayısıyla ona vekâlet hükümleri uygulanır. Ebu Yûsuf ise, bu durumda da kendi kendisini azletme yetkisinin olmadığını söylemiştir.

Şafiîlerle Hanbelîler şöyle der: Bütün hallerde adlin kendisini azletme yetkisi vardır. Çünkü o başlı başına ayrı bir vekildir; vekâletini sürdürmesi için mecbur edilmez.

6- Rehnin şartlarına terettüp eden durumlar veya rehin bırakılması caiz olanlar ve olmayanlar

Şimdiye kadar sözünü ettiğimiz rehin şartlarına terettüp eden hususlara özellikle de kabz şartına ilâveten bir takım açıklamaları gerektiren bazı haller vardır. Bunların en önemlilerini aşağıda sıralayalım:

1- Muşa((içinde başkasının hissesi bulunan mal)'nın rehnedilmesi:

Fakihler yarım, üçte bir, dörtte bir gibi müşanın bir parçasının rehnedilmesi konusunda farklı görüşlere sahiptir. Hanefîler bunu kabul etmezken, cumhur caiz görür. Bu görüş ayrılığının kaynağı müşanın hiyazesi (ele geçirilmesi)'nin mümkün olup olmadığı hakkındaki ihtilâftır. [1]

Hanefî mezhebine göre [2] müşanın rehni, ister paylaştırılabilmesi mümkün olsun ister olmasın; ister ortağına, ister başkasına olsun caiz değildir. Bu konudaki sahih görüşe göre böyle bir durumda rehin fasittir, kabz ile tazminat altındadır. Çünkü kabz, aktin tamamının ve lüzumunun bir şartıdır. Cevazının, mün'akit olmasının şartı değildir.

Delilleri şudur: Rehin hakkını alma yoluyla ele geçirmenin sabit olması ve merhunun devamlı olarak alıkonulması hakkını doğurur. Sürekli olarak alıkoymak ise müşada düşünülemez. Çünkü müşanın ele geçirilmesinden bir muhayee (menfaatinden sırayla yararlanma) söz konusu olur. Sanki rahin bir gün rehin bırakırken, bir gün bırakmamış gibidir. Paylaştırılması ister mümkün olsun isterse olmasın, her iki halde de sahih olmaz. Velev ki bu, ortak tarafından olsun yine olmaz; çünkü hiyazesinde muhayeenin varlığı söz konusudur. Hatta şayi (ortak olunan) cüz'ün tek

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 269.

2- *el-Bedâyi,* VI, 138; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* III, 203 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 68 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 348; *el-Lübâb,* II, 56.

başına kabzı veya hiyazesi düşünülemez. Diğer cüz ise rehnedilmiş değildir, dolayısıyla onun kabzı sahih olmaz. Şüyu (ortak olma) şayi cüzün kabzının gerçekleşmesini engeller. Paylaştırılabilen de de paylaştırılamayan da durum böyledir. Bunda durum hibenin hilâfınadır. Çünkü hibe zaruret dolayısıyla paylaştırılma ihtimali olmayan şeyde bile sahihtir. Çünkü hibe, mülkiyet ifade eder. O bakımdan mümkün olan kabz ile yetinilir.

Bu hükümde şüyunun rehin akti ile birlikte olması ile sonradan ortaya çıkması arasında bir fark görülmez. Eğer şüyu daha sonradan söz konusu olacak olursa rehni ifsat eder. Ebu Yusuf'tan rivayet edildiğine göre, akte sonradan gelen şüyu, akti ifsat etmez. Çünkü başlangıçta bağışlanamayan şeyler devam etmekte olan halde bağışlanabilir. Nitekim hibede de durum böyledir. Kabzdan sonra şüyu ortaya çıkacak olursa hibeyi ifsat etmez.

Ebu Yüsuf'a şöyle cevap verilmiştir: Bunun yasaklanmasının sebebi, şüyunun kabzının gerçekleşmesini engellemesidir. Bu ise hibenin hilâfına, başlangıçta olması ile sonradan devam etmekte iken olması arasında bir fark doğurmaz. Çünkü şüyûda mülkiyet söz konusudur.

Hanefîlerin dışında kalan cumhura göre: [1] Müşanın rehnedilmesi, hibe edilmesi, sadaka olarak verilmesi veya vakfedilmesi bütünüyle rehnedilmesi gibidir ve bunun ortağa yapılması ile başkasına yapılması arasında fark olmadığı gibi, paylaştırılabilir olması ile olmaması arasında da bir fark yoktur. Çünkü satışı sahih olan her şeyin rehnedilmesi de sahihtir. Diğer taraftan rehinden maksat, eğer başkasından hakkı almaya imkân kalmamışsa merhunun satılması suretiyle onun kıymetinden borcun istifa edilmesidir (alınmasıdır). Müşanın ise satılma imkânı vardır. Dolayısıyla onun kıymetinden borcun alınması da mümkündür.Cumhura göre kabul edilen kaide şudur: Satışı caiz olan her şeyin müşa olsun veya başka türlü olsun, rehni de caizdir.

Hiyaze (eli altına alma)nın nasıl olacağı konusunda Malikîler şöyle demektedir: Râhinin mülkiyetinde olan şeyin tümüyle kabzedilmesi vaciptir. Rehnettiği de etmediği de buna dahildir. Ta ki râhin, rehnettiği şey de her hangi bir tesarrufta bulunmasın; o takdirde rehin batıl olur. Şayet merhun olmayan kısım, râhinin mülkü değilse, rehnedilen cüzün kabzı ile yetinilir. Râhin kendisinin payını rehnetmek için ortağından izin istemez. Zira ortağına bir zarar verilemez. Bu görüş İbnü'l-Kasım'ın meşhur olan görüşüdür. Bununla birlikte hatırını sayarak ondan izin istemek menduptur. Eşheb ise, izin almak vaciptir, demiştir.

Şafiîlerle Hanbelîlerin görüşüne gelince: Akarda müşanın kabzedilmesi tahliye kabzedilmesine imkân tanımak suretiyle olur. İsterse öbür ortak buna izin ver-

---

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 235; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 269; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 323; *el-Mühezzeb,* I, 308; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 122 vd.; *el-Muğnî,* IV, 337 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 312.

mesin. Menkulde ise eline almakla olur, bunda ortağın izni şarttır. Ortağın izni olmaksızın nakledilmesi caiz olmaz. Şayet ortak naklini kabul etmez ve mürtehin de bunun ortağın elinde kalmasına razı olursa caiz olur ve ortak kabz konusunda onun vekili olur. Şayet ortak ve mürtehin bu konuda anlaşmayacak olurlarsa hakim, elinde bulundurmak üzere bir adl tayin eder. Bu adl, bunu elinde ya emanet olarak tutar veya bu işi ücretle yapar. Bu durumda iki ortak arasında nasıl cereyan ediyorsa, mürtehin ile diğer ortak arasında muhayee (nöbetleşe tasarruf) cereyan eder.

2- Başkasına muttasıl veya başkası ile meşgul olan rehin:

Bu konudaki görüşler müşanın rehnedilmesindeki görüş ayrılığında olduğu gibi ikiye ayrılır:

Hanefîlere göre: [1] Merhundan başkası ile bitişik olan bir şeyin rehnedilmesi sahih olmaz. Ağaç müstesna ağacın dalındaki meyve gibi ve toprak müstesna üzerindeki ekinin rehnedilmesi gibi, arazi müstesna ağacın rehnedilmesi yahut da üzerindeki ekin veya ağaç müstesna arazinin rehnedilmesi gibi. Çünkü bu durumda rehnedilen (merhun) başkasına bitişik durumdadır. Onsuz bunun alıkonulmasına imkân yoktur; dolayısıyla bu da müşanın rehnedilmesi gibidir. Merhundan başkası ile meşgul olanın rehnedilmesi sahih olmaz. Meselâ, rahinin eşyasının bulunduğu evin, eşya müstesna rehnedilmesi gibi. Çünkü burada merhun (olan ev) başkası ile meşguldur (işgal edilmiştir) ve bu durumun değiştirilmesine imkân yoktur; bu da müşanın rehni manasına gelir.

Cumhura göre: Müşanın rehnedilmesini caiz gören cumhur, muttasılın ve meşgulün de rehnedilmesini caiz görmüştür. Çünkü başkasına bitişik olmasına rağmen, böyle bir şeyin teslim edilmesi mümkündür. Evde konulmuş olan eşya açıkça belirtilmedikçe rehnin kapsamına girmez; çünkü eşya eve tabi değildir.

Arazinin veya evin rehnedilmesi halinde, Hanbelîlere göre, satışta dahil olan her şey rehne dahil olur. Arazinin rehnedilmesi halinde ağaçların da rehne girmemesi konusunda iki görüş vardır. Meyve vermiş bir ağacın rehnedilmesi halinde ise, zahir olan meyve satışa girmediği gibi, rehne de dahil olmaz. Meyve zahir değilse rehne girer.

Şafiîler kayıtsız şartsız, zahir olsun veya olmasın meyvenin rehne hiçbir durumda girmeyeceği kanaatindedirler.

Bir evi rehnetse, ev ile mürtehin arasında engel bulunmasa ve rehin akdini orada yapsalar sonra da râhin çıksa, Şafiîlerle Hanbelîlere göre bu rehin sahihtir. Hanefîler ise evden çıktıktan sonra evi mürtehine tahliye etmedikçe sahih olmaz derler. [2]

1- *el-Bedâyi,* VI, 138, 140; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 205; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 350; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 69.

2- *el-Muğnî,* IV, 333, 340; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 23.

3- Deynin (alacağın) rehni:

Sadece Malikîler deynin rehnedilmesini caiz kabul etmişlerdir.

Hanefîlere göre: [1] Alacağın rehnedilmesi caiz değildir. Çünkü o bir mal değildir. Zira Hanefîlere göre mal, ancak ayn olur. Alacağın kabzı ise düşünülemez. Çünkü kabz ancak ayn hakkında söz konusudur. Zeyd'in Ömer'den yüz dinar alacağı olsa, Ömer'in de Zeyd'den yüz ölçek buğday alacağı bulunsa, Ömer'in Zeyd'deki yüz ölçeklik buğday alacağını Zeyd'in kendisinden alacağı karşılığında rehin bırakması caiz olmaz. Bu borçluya alacağını rahnetme halidir. Çünkü o, kendisinin alacağını borcu karşılığında rehin vermek istemiştir.

Şafiîler ile esah görüşlerinde Hanbelîlere göre: [2] Merhunun, satışı sahih olabilen bir ayn olması şarttır. Buna göre isterse borçlu kişinin ödeyeceği veya kendisinin alacağı olsun, rehnedilmesi sahih olmaz. Çünkü bunun teslimine kudretleri yoktur.

Ancak Şafiîlerde deynin rehnedilmesinin imkânsız olması, deynin başlangıçta rehin olarak ortaya konulması halindedir. Zaten mevcut olan borç halinde ise rehne mani bir hal yoktur. Kendisine karşı cinayet (suç) işlenmişin yanında merhunun tazminatı olarak onun yerine suçlunun zimmetinde bulunan alacağın rehni -tercih edilen görüşe göre- caiz olur. Çünkü alacak, bekanın (zimmette kalmanın) bir zarureti olarak rehin olabilir. Böylece râhin, mürtehinin rızası olmaksızın o alacaktan onu ibra edemez.

Ancak ben şunu söylemek istiyorum: Zimmette gerçekleşmiş olan bir teminat ödemesinin borç karşılığında rehin sayılmasına gerek yoktur. Çünkü bu zaten aslında mürtehinin hakkının taalluk ettiği bir deyndir. Tıpkı alacaklı kişinin ölmüş borçlusunun başkalarında olan alacağında hak sahibi olmasına benzer.

Malikîlere göre: [3] Satılması caiz olan her şeyin rehnedilmesi de caizdir. Deyn (alacak) de bu türdendir. Çünkü onlara göre alacağın satılması da caizdir. Dolayısıyla borçluya olsun başkasına olsun, alacağın rehnedilmesi de caiz olur. Borçluya rehnedilmesinin şeklini daha önceden zikretmiş bulunuyoruz. Borçludan başkasına alacağın rehnedilmesi şekli ise şöyle olur: Zeyd'in Ömer'den bir alacağı olur, Ömer'in de Ahmed'den bir alacağı bulunur. Ömer Ahmed'in zimmetinde bulunan alacağını Zeyd'e olan borcuna karşılık rehneder. Bunun yolu da şudur: Ahmed'deki alacağına karşılık olarak elinde bulundurduğu belgeyi Zeyd'e verir ki, Ahmed o borcu ona ödesin. Bu son şeklin sıhhati için belgenin kabzedilmesi ve kabzedildiğine dair şahit tutulması şartı vardır. Birinci şekilde ise, sahih olabilmesinin şartı şu-

1- *el-Bedâyi,* VI, 135; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 69.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 122; *Keşşafu'l-Kınâ,* III, 307; *el-Muğnî,* IV, 347, vd.; *el-Mühezzeb,* I 309.

3- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 269; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 323; *eş-Şerhu'l-Kebîr ma'a'd-Desukî,* III 231, 237; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 210 vd.

dur: Ortadaki iki borç, ister ödünç alma isterse de satış sebebiyle söz konusu olsun, rehnedilen alacağın süreşinin, karşısında rehin bırakılan alacağın süresinin aynısı veya ondan daha uzak olması gerekir. Böylelikle iki alacak ya bir vakitte gelmiş olacak yahut da rehnin alacağı, karşısında rehin bırakılan alacağın vadesinden sonra gelmiş olacaktır.

Merhunun alacak vadesi daha yakın olursa veya merhun alacağın vadesi gelmişse, bunun rehni sahih olmaz. Çünkü eğer her iki borç karz verme sonucu olmuşsa, borç vermeye karşılık bir borç verme sonucu ortaya çıkar. Eğer her ikisi satış dolayısıyla söz konusu olmuşsa, bir peşin bir de vadeli satış bir arada bulunmuş olur. Çünkü rehin bırakılmış olan alacak, borçlunun yanında süresinden sonraya bırakılacak olursa, rehin bırakılan, alacağın vadeli olmasının karşılığında bir borç sayılır. Şayet her iki borç da satış sonucu söz konusu olmuşsa, merhun olan alacağın kalması, satış ile beraber bir vadeli alacak sayılır. Bu ise Malikîlere göre yasaktır.

4- Kiralanmış veya ariyet olarak alınmış ayn'ın rehnedilmesi:

Borçlunun kendisine ait olan bir malın rehnedilmesi -isticar edilmiş veya ariyet alınmış dahi olsa-caiz görülmüştür. [1] Bu da aşağıdaki şekillerde olur: [2]

Hanefîler, müsteâr (âriyet olarak alınmış) ve kiralanmış malın ariyet olarak alan veya kiralık olarak tutanın yanında rehnedilmesini caiz görmüşlerdir. Burada ariyet ve icarenin kabzedilmesi, rehnin kabzının yerine geçmektedir. [3] Ancak Hanefîler şunu belirtirler: Şayet rehin aktini yapanlar rehin üzere ittifak edecek olurlarsa, icare de ariyet de batıl olur. Artık o mal mürtehinin elinde kirlanmış ve aiyet olarak alınmış şekilde kalmaktan çıkar ve bu durumda rehin sahihtir.

Çünkü aynı *ayn* üzerinde aynı anda hem icare, hem de rehin söz konusu olmaz.

Rehin hakkında icare durumu baş gösterecek olursa, rehin batıl, icare ise sahih olur. Çünkü rehin lâzım olmayan, icare ise lâzım olan bir akittir.

Malikîlerin kullandıkları ifade, kiralanmış aynın rehnedilmesinin caiz olduğunu da ihtivâ etmektedir. Şayet müecir (icare veren), müstecirinin (kiracının) yanında kendisinin üzerindeki bir alacağına karşılık rehin verecek olursa, alacaklı olan mürtehin, o ayn'ı kiralayanı takip etmek üzere birisini emin tayin ederse bu da

---

1- *el-Bedâyi,* VI, 146; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 269; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 236; *el-Mühezzeb,* I, 306 *el-Muğnî,* IV, 334; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 128; *Bâcûrî,* II, 127; *Tebyînü'l-Hakâik ve Haşiyetu'ş-Şelebî,* VI, 88.

2- Dikkat edilecek olursa borcun rehni ve kiralanmış veya iare alınmış ayn'ın rehnedilmesi, hakların rehni kaidesini ifade etmektedir.

3- Dikkat edilecek olursa *el-Bedâyi,*'de Kâsânî'nin: "Rehnin kabzı icarenin kabzından seviye itibarıyla daha aşağıdadır." şeklindeki sözü, kesin olmayan bir görüştür. Zira her iki kabz da emanet türü kabzdır.

caiz olur. O eminin kabzı ve ele geçirmesi mürtehinin kabzı ve ele geçirmesinin yerini tutar. Çünkü daha önce müstecir bunu kendi adına kabzetmiş idi. Dolayısıyla onun kabzı mürtehinin kabzının yerini tutmaz.

Dikkat edilecek olursa muzaraa yapanın elindeki arazi ile müsakâ yapanın elinde bulunan bahçenin dekiralanmış ayn gibi rehnedilmeleri caizdir.

Hanbelîler de icar alınmış, iare, vedia veya gasbedilmiş malın rehnedilmesini caiz kabul etm işlerdir. Bu durumda önceki kabz, rehni kabzetmenin yerini tutar; daha önce açıklamış olduğumuz gibi, kabzın yenilenmesine de ihtiyaç yoktur.

Şafiîler de aynı şekilde kiralanmış, âriyet verilmiş ve vedia olan ayn'ın da rehnedilmesini caiz kabul ederler. Yalnız arada kabzın gerçekleşebileceği bir sürenin geçmesini şart koşarlar. Ancak bunu kiracı ve müsteirin (ödünç alanın) yanında rehin bırakacak olursa, mürtehin onu elinin altında bulundurmaya devam edeceğinden rehin de kalır. Bunun hem kiracı hem de mürtehin olması arasında bir aykırılık yoktur. Şayet kiracı veya âriyet alandan başkasının yanında rehin bırakır da mürtehin, o kiracıyı veya ariyet olarak alanı adl bir kişi olarak kabul edecek olursa rehin işlemi sahih olur. Bu durumda kiracı ve ariyet alan kişinin yanında, rehin aktinde bulunan her iki tarafın da emin kabul ettiği bir kimseler sıfatıyla kalır ve aynı şekilde rehin olmaya da devam eder.

Şayet mürtehin, kiracı veya ariyet alanı adl bir kişi olarak kabul etmeyecek olursa, duruma bakılır: Eğer rehin, müstecirin izni ile olmuşsa icare akti batıl olur. Onun izni olmaksızın gerçekleşmişse bu sefer rehin akti batıl olur. Ariyet ise lâzım (bağlayıcı) olmayan bir akittir; bu bakımdan ariyet olarak verilen mal rehnedilecek olursa ariyet akti fesholur.

5- Müstearın (ödünç olarak alınmış mal) rehnedilmesi:

Dikkat edilecek olursa bundan önceki halde râhin, ariyetin malikidir. O kendisine ait olan mülkü rehin vermektedir. Bu durumda ise râhin, ariyetin maliki değildir. O başkasının mülkü olan bir müsteari (ariyet olarak aldığı şeyi) rehnetmektedir.

Az önce de açıklamış olduğumuz gibi, fakihler insanın başkasının malını sahibinin izni ile borcu karşılığında rehin olarak bırakmak üzere ariyet olarak almasını, ittifakla caiz kabul etmişlerdir. [1] Çünkü ariyetin maliki olan kimse, başkasının yanında bunu bulundurabilmek yahut da onu eline geçirmesine imkan tanımakla teberruda bulunmaktadır. Malik ise mülkünde tasarrufta serbesttir. O -meselâ hibe yoluyla olması halinde olduğu gibi- hem aynın mülküne, hem de el altında bulundurma mülküne (milkü'l-yed) sahip olabilir. Nitekim rehin maksadı ile ariyet olarak vermesi halinde de sadece elde bulundurma (isbat-ı yed) hakkı vardır.

1- *el-Muğnî,* IV, 344; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 269; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 309.

Malikin (ariyet olarak verdiğinin) rehnedilmesine izin vermesi hali ile ilgili olarak Hanefîler şöyle demektedir: [1] Müsteir (ödünç alan), muirin (ödünç verenin) mutlak olarak ariyet vermesi ve onu her hangi bir kayıt ile kayıtlamaması halinde, ariyet olarak aldığı şeyi dilediği kimsenin yanında dilediği borcu karşılığında ve istediği beldede rehin verebilir. Bu aynı zamanda Şafiîlerin de görüşüdür.

Şayet muir bu konuda müsteire bir takım kayıtlar koyacak olursa müsteir de bu kayıtlara riayet eder. Eğer belirli bir miktar karşılığında rehin vermesi kaydını koymuşsa bundan daha büyük bir miktara karşılık rehin veremeyeceği gibi, karşılığında rehin olarak verdiği şey rehnin kıymetinden daha aşağı ise onun tayin ettiği miktardan daha aşağısı için de rehin veremez. Çünkü belirli bir izin ile tasarrufta bulunan kişinin tasarrufu izin miktarı ile mukayyettir. Diğer taraftan merhun tazminat altındadır. Malik olan kişi de, belirlediği miktar ile tazminat altında olmasını tayin etmiştir. Bazen bu kaydı yapmakta bir maksadı bulunabilir. Şayet müstear (ariyet olarak alınan mal), rehnin kıymetine eşit olursa veya daha fazla olursa muhalefet etmiş sayılmaz. Çünkü bu iyiye doğru bir muhalefettir. Zira malik rehni kurtarmak isteyecek olursa borç miktarından fazlası ile mükellef tutulmaz ve telef olması halinde de ona bir zarar gelmez. Zira onun için zayi olan miktar, rehnin kıymetinden daha az olur.

Şayet borcun türü için bir kayıt getirirse, başka bir tür karşılığında rehnetmesi caiz olmaz. Çünkü bir takım türlerden borç ödemek öbürlerinden daha kolay olabilir.

Şayet belirli bir alacaklı veya bir belde ile ona kayıt getirecek olursa bu kayda aykırı davranması da caiz olmaz.

Bu kayıtlardan her hangi birisinde muhalefet edecek olursa telef olması halinde onun kıymetinin tazminatını öder. Çünkü o bu muhalefeti sebebiyle gâsıp durumunda olur ve rehin de batıl olur. Çünkü bu rehin gasbedilmiş bir mal üzerinde gerçekleşmiştir.

Ödünç olarak alınmış olan mal, mürtehinin yanında telef olacak olursa malın maliki serbesttir. Dilerse muhalefeti sebebiyle gâsıp olarak değerlendirildiğinden, müsteirden kıymetinin tazminatını ister, müsteir de bu tazminatı ödemek suretiyle muirden bunu kabzettiği andan itibaren ona malik olur. Malik dilerse de mürtehinin tazminatı ödemesini ister. Çünkü rehin onun elinde telef olmuştur ve mürtehin gâsıptan gasbeden kişi gibi olmuştur. Mürtehin bu malın tazminatını ödeyecek olursa, ödediği tazminat miktarı ile râhine rücu eder. Özetle bu durumda muhalefet ile rehin batıl olur ve müsteir tazminat öder.

Malikîler de aynı şekilde söylemişlerdir: [2] Şayet müsteir muirin kayıtlarına

1- *el-Bedâyi,* VI, 136; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 88; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 365.
2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 236.

muhalefet eder ve ariyet telef olur, çalınır veya eksilecek olursa, haksızlığı sebebiyle müstair kayıtsız, şartsız olarak tazminat öder. Ariyet telef olmayacak olursa, Muirin onu geri almak hakkı vardır ve iare de batıl olur.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre müsteir muirin kayıtlarına riayet eder: [1] Ancak şunu da söylerler: Muir, borcun miktarını kayıtlayacak olursa, müsteir de borçtan daha az bir miktar karşılığında rehin verecek olursa bu kayıta muhalefet etmiş olmaz. Çünkü daha fazla miktar için izin verilmiş olunca, ondan daha az miktar için de izin verilmiş kabul edilir ve daha az miktar karşılığı rehin verme halinde bir zarar söz konusu değildir. Zira Şafiîlere ve Hanbelîlere göre rehin mürtehinin elinde bir emanettir.

Müsteir (ödünç alan)ın Ariyetten Faydalanması:

Rehnetmek üzere ariyet alan bir kimse, Hanefîlere göre rehinden önce müsteir değil, bir vedî kabul edilir. Çünkü ariyet ona ancak rehnetmek için izin verilmiştir. Dolayısıyla onun ariyet ile yararlanma yetkisi ne rehinden önce ne de rehnin kurtarılmasından sonra söz konusudur. Yararlanma yoluna gidecek olursa, tazminat ödemek durumunda kalır. Çünkü ona ancak özel bir şekilde yararlanma yani rehin olarak vermesi için izin verilmiştir.

Şayet rehin verme dışında bir yolla ariyetten yararlanma yoluna giderse aykırı hareket etmiş olacağından tazminat ödemek durumunda olur. Eğer rehnetmeden önce ondan faydalanır, sonra rehnedecek olursa, rehin ettiği andan itibaren tazminattan kurtulur. Çünkü o rehnetmek suretiyle muirin emrine uygun hareket etmiş olur; bu uygunluk sebebiyle de tazminattan ibra olur. Diğer taraftan vedî gibi olduğundan dolayı, vedî vediada muhalefetten sonra, uygun hareket etmeye başlayacak olursa, tazminat ödemek durumuna düşmez. Çünkü vediadan maksat malikin lehine bir muhafazadır, o da gerçekleşmiştir. Bu ise müsteirin önce muhalefet edip ondan sonra muirin isteğine uygun hareket etmeye başlaması halinden farklıdır. Müsteir bu durumda daha önceden da ariyet bahsinde aradaki farkı açıkladığımız üzere, tecavüzde bulunduğu sabit olduğundan, tazminat ödeme durumundan kurtulamaz.

Ariyetin Telef Olması Halinde Tazminatın Türü:

Müsteir rehnetmek üzere ariyeti kabzeder de, rehnetmeden önce veya rehinden kurtardıktan sonra elinde telef olacak olursa, tazminatını ödemez. Çünkü bu ariyet, ariyet kabzı ile telef olmuştur; rehin kabzı ile telef olmamıştır. Ariyetin kabzı ise bir emanet kabzı olup tazminat kabzı değildir. Bu Hanefîlere göredir. Malikîlerle Şafiîlerin görüşlerine ve Hanbelîlerin bu konudaki azhar olan iki görüşlerinden birisine göre ise ariyet mutlak olarak tazminat altındadır. Malikîlerle Şafiîlerde

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 129; *el-Muğnî,* IV, 344 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 309; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* III 269.

ise tazminatı bazı hallerdedir; nitekim bunu iare bahsinde açıklamış bulunuyoruz.

Ariyet, mürtehinin yanında telef olacak olursa, Hanefîlere göre, mal sahibinin ancak tazminat altında olan kısmını alma hakkı vardır. Bu ise ariyetin ve borcun miktarından hangisi daha az ise odur. Daha az olan borç olursa, mal sahibi daha fazlasını müsteirden isteyemez.Çünkü ariyet bir emanettir, tecavüz ile tazminat altına girmez.

Malikîler de şöyle demektedir: Mal sahibi ariyetin ariyet olarak alındığı günkü kıymeti kadarı için müsteire rücu eder. Şafiîlerle azhar olan iki görüşlerinden birisinde Hanbelîler şöyle demektedir: Ariyet mürtehinin yanında ve her hangi bir tecavüzü söz konusu olmaksızın telef olacak olursa, müsteir (yani bu halde râhin) telef olduğu günkü tazminatını öder. Çünkü ariyet Hanbelîlere göre tazminat altındadır; Şafiîlerle Malikîlere göre ise bazı hallerde tazminat altındadır.

Muirin Ariyetin Rehinden Kurtarılmasını İstemesi:

Müsteir, ariyeti rehnedecek olursa, o ariyetin malikinin dilediği vakitte râhinden malının rehinden kurtarılmasını talep etme hakkı vardır. Bu cumhuru teşkil eden Hanefî, Hanbelî ve Şafiîlerin görüşüne göre böyledir. Çünkü onlara göre ariyet lâzım (bağlayıcı) olmayan bir akittir. Muir de bunu ne zaman isterse geri isteyebilir, isterse bir vakit ile mukayyet olmuş olsun. Şayet râhin onun rehnini çözecek olursa, malikine iade eder. Eğer çözmekten aciz olursa, maliki hakkını kurtarmak üzere onu çözdürme yoluna gitme hakkı vardır. Mürtehine yaptığı ödemeler ölçüsünde müsteire müracaat eder.

Malikîler ise şöyle demektedir: Ercah görüşe göre muir, mutlak olması sebebiyle iareden, ne zaman isterse rücu edebilir. Ancak şart, örf veya âdet ile mukayyet olan ariyetlerde ise rücu hakkı yoktur. Nitekim ariyet bahsinde bunu açıklamış bulunuyoruz.

Rehin Maksadı ile Kiralamak:

Rehnetmek üzere bir ayn'ın ödünç alınması caiz olduğu gibi, rehnetmek maksadıyla bir ayn'ın kiralanması da caizdir; [1] ve bu ayn, tecavüz olmaksızın telef olacak olursa, tazminat da söz konusu olmaz. Çünkü kiralanan şey kiracının elinde tazminat altında bulunmayan bir emanettir ve bu konuda ittifak vardır. Kiraya verenin kira müddeti bitmeden önce onu çözme yetkisi yoktur.

6- Başkasının mülkünü rehin bırakmak:

Önceden de açıkladığımız gibi başkasının mülkünü sahibinin izni ile rehin vermek caizdir. Ödünç alınan veya kiralanan malın rehnedilmesi gibi. Ancak bu

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 236.

konuda bir velâyeti olmadan hiçbir kimse, başkasının mülkünü rehin veremez. Rehin konusunda velâyeti olmadığı halde, merhunu mürtehine teslim edecek olursa, böyle bir teslim ilebaşkasının malına tecavüz etmiş ve onu gasbetmiş olur. Hanefîlere göre böyle bir rehin, onun sahibi tarafından geçerli kabul edilmesine bağlı olmak üzere mevkuftur. Eğer merhuna malik olan kişi, bunu kabul etmezse rehin batıl olur ve rehin bırakılan o ayn, gasbetmesi sebebiyle râhinin tazminatı altındadır. Bu, râhin olan kişi açısından böyledir.

Mürtehin açısından duruma gelince:

Hanefîlere göre: [1] Böyle bir durumda rehin mürtehinin yanında telef olur, ondan sonra da merhunun râhinden başkasına ait olduğu ortaya çıkarsa; yani mürtehin bu rehnin râhinden başkasının mülkü olduğunu bilmiyor ise, rehnin müstehakı (hak sahibi) tercih hakkına sahiptir. İsterse onun kıymetini râhine isterse murtehine tazmin ettirir. Çünkü onlardan her birisi kendisinin hakkına (tecavüz etmiş kişi'dir. Râhin, haksız yere onu zabtedip mürtehine teslim etmek suretiyle haddi aşmıştır; mürtehin ise onu kabzedip teslim almak suretiyle ona haksızlıkta bulunmuştur.

Şayet o malın sahibi, râhine tazmin ettirirse, mürtehin bu ödenen tazminat sebebi ile merhunun kıymeti miktarınca borcundan tahsil etmiş olur. Çünkü rehin onun elinde telef olmuştur. Diğer taraftan râhin onun tazminatını ödediği takdirde, artık ona malik olur bu malik oluşu, haksız yere onu zabtettiği rehin akdinden önceki vakte dayalıdır. Dolayısıyla sonuçta malik olduğu şeyi rehnetmiş demektir. Ondan sonra da eğer rehnin kıymeti alacağına eşit yahut da daha fazla olursa, bu telef sebebiyle mürtehin alacağını tahsil etmiş demektir. Eğer alacağının kıymetinden daha aşağı ise, rehnin kıymeti kadar borcunu tahsil etmiş sayılır.

Şayet mal sahibi doğrudan doğruya mürtehinden tazminatını alırsa, bu sefer mürtehin ödediği tazminat miktarı kadar râhine rücu eder. Aynı şekilde alacağı için de ona rücu eder. Tazminat olarak ödemiş olduğu misil veya kıymet karşılığı râhine rücu etmesi, râhin tarafından aldatılarak rehni teslim almış olmasındandır. aldatılan ödediğini almak için müracaat eder. Alacağı için rücu etmesi ise, onun alacağını tahsil edişinin râhinden başkasının mülkü olan bir *ayn'*ı teslim almış olduğunu ortaya çıkmasıyla, borcunun tahsilinin nakzedilmiş olması ve dolayısıyla rehnin batıl olması ve hakkının önceden olduğu şekle dönmesi dolayısıyladır.

Hanbelîlere göre: [2] Mürtehin gasbı ya bilmektedir veya bilmemektedir. Eğer bu gasbı bilir ve elinde telef oluncaya kadar o şeyi alıkoymaya devam edecek olursa, artık tazminat onun üzerinde kalır.

O takdirde malik muhayyerdir. Dilerse mürtehine tazminat ödetir, o da bunun

1- *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 83 vd.; *el-Bedâyi,* VI, 147.

2- *el-Muğnî,* IV, 399.

kıymetini kendi malından öder; isterse râhine tazminat ödetir. Bu takdirde râhin ödediği miktar kadar mürtehine rücu eder. Çünkü tazminat ödemek mürtehin üzerine sabit olmuştur. Zira mürtehin rehin aldığı bir şeyi gerçek malikine iade edebilirdi; ancak o, mal elinde telef olana kadar böyle bir şey yapmamıştır.

Şayet mürtehin, o şeyin gasbedildiğini bilmez ve kendisinin kusuru ile telef oluncaya kadar yanında alıkoymaya devam edecek olursa, hüküm az önceki gibidir. Eğer kendisinin bir ihmali bulunmaksızın telef olacak olursa, bu konuda üç görüş vardır:

a) Bunun tazminatını öder ve tazminat yalnız onun üzerine sabit olur. Çünkü başkasına ait malı alıkoymak suretiyle mürtehin tecavüzde bulunmuştur ve mal onun elinde iken telef olmuştur. Dolayısıyla gasbedildiğini bilmesi halinde olduğu gibi tazminatını öder. Dikkat edilecek olursa hakikatte o, her hangi bir tecavüzde bulunmuş değildir. Çünkü o, malı râhinin izniyle ve gasbolduğunu bilmeksizin yanında alıkoymuştur.

b) Mürtehin için tazminat söz konusu değildir. Çünkü mürtehin onu, gasbolduğunu bilmeksizin ve emanet olmak üzere kabzetmiştir. Bu durumda tazminat ödemek râhine ait olur.

c) Malik râhin ve mürtehinden dilediği birine tazminat ödettirmekte serbesttir. Ancak tazminat ödemek nihayette rahin üzerinde karar bulur. Kanaatimce bu, üç görüşten en uygun olanıdır.

Rehnin râhinden başkasının hakkı olduğuna hükmedilmesi halinde de hüküm böyledir. Ancak şunu da göz önünde bulundurulması lazım: Rehin borç (alacak) karşılığında telef olmaz. Rehin Hanbelîlerle Şafiîlere göre bir emanettir.

7- Rehnedilmiş ayn'ın rehni (Rehninbirden fazla olması):

Rehin ya bir şeyin bir kısmı hakkında söz konusudur ya da hepsi hakkında. Her iki hal birden bulunursa rehin taaddüd eder.

a) Şayet rehin bir şeyin bir kısmı hakkında yapılır ve sonra öteki kısım rehnedilirse müşanın rehnine dair hükümler tatbik edilir.

Müşa (birkaç hisse sahibi bulunan mal)ın rehnedilmesinin caiz olduğunu kabul eden cumhur (Malikîler, Hanbelîler ve Şafiîler) şöyle demektedir: Bir borç karşılığında şüyu üzere ayndan bir parça rehnedilecek olursa, o geri kalan kısmın da bu borç karşılığında şayi olarak rehnedilmesi veya bir başka borca mukabil rehnedilmesi caizdir. Bu rehin, birinci alacaklı mürtehinin kendisine de başkasına da olabilir. Ancak rehin birinci mürtehinden başka bir kişiye yapılacak olursa, ikinci mürtehinin rehnin birinci mürtehinin elinde bulunmasına razı olması lâzım gelir. [1]

1- *el-Şerhu's-Sağîr*, III, 308.

Veya her üçü arasında (râhin, birinci ve ikinci mürtehin arasında) merhunu bir adl şahsın yanına bırakma üzerinde bir anlaşma yapılması gerekmektedir.

Müşaı'ın rehnedilmesini kesinlikle caiz kabul etmeyen Hanefîlere göre ise böyle bir durum düşünülemez. Ancak ayn ifraz edilerek veya paylaştırılarak başkasının hakkı söz konusu olmaksızın mürtehine teslim olunursa o takdirde caiz olur.

b) Bir şeyin tümü bir borç karşılığında rehnedilmiş ve bir başka borç karşılığında da rehnedilmesi istenirse Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlere göre bu ikinci rehin caiz olmaz. [1] Çünkü böyle bir durumda birinci mürtehin ve alacaklının hakkı çiğnenmektedir. Zira mal olarak merhun ona aittir. Başkasının hakkının o merhuna taalluk etmemesi gerekir.

Ancak birinci mürtehin, ikinci rehni kabul ederse o zaman geçerli olur ve onun merhunu rehin olarak kabul etmesi batıl olur. Üzerindeki bir borç karşılığında ve malikinin izni ile bir şeyi rehin bırakması halinde bu rehin işi de batıl olur ve kendi borcu karşılığında rehin bırakmış olur. Onun hükmü ise rehnetmek üzere istiare (ödünç) olarak alınmış olan bir şeyin rehin bırakmanın hükmü gibi olur.

Birinci mürtehin onu maliki olan râhnin izni olmaksızın başkasına rehnedecek olursa bu rehin sahih olmaz ve malikin o şeyin ilk mürtehine olduğu şekilde iade edilmesini sağlama hakkı doğar.

Şayet rehnedilmiş birşey, birinci mürtehine iade edilmeden önce ikinci mürtehinin elinde telef olacak olursa, Hanefîlere göre o malın maliki muhayyerdir. İsterse birinci mürtehinden isterse ikinci mürtehinden tazminat alır. Nitekim başkasına ait mülkü rehnetmekteki hüküm de böyledir. Şayet birinci mürtehin tazminat ödeyecek olursa onun bu rehni caiz olur. Çünkü artık merhunun bedeli merhun olmuş demektir.Eğer ikinci mürtehin tazminat ödeyecek olursa, birincisinin rehni batıl olur ve bu tazminat birinci mürtehinin yanında bir rehin olur. İkincisi de ödediği tazminat karşılığında birincisine rücu eder. Çünkü kendisini birinci mürtehin aldatmış durumda olmaktadır.

Malikîlere göre: [2] Merhûn olan ayn'ı eğer kıymeti borcun kıymetinden fazla ise rehin vermek caizdir. Bu takdirde ikinci rehin bu fazlalık için olur. Merhuna taalluk eden ikinci borç, ikinci derecede bir borç olur. Çünkü bu ayn, borç karşılığında satılacak olursa, önce birinci borç ödenir; geri kalan ile de ikinci borç ödenir. Buna göre birinci alacaklının hakkına dokunulmamış olur. Bundan dolayı ikinci rehnin geçerliliği, birinci alacaklının geçerli kabul etmesine bağlı değildir.

Şayet rehnedilmiş olan ayn, *adl*'in elinde bulunuyor ve yeni rehin ilk mürtehi-

---

1- *el-Bedâyi,* VI, 147; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* III, 267, 305; *Muğni'l-Muhtâc,* III, 127; *el-Muğnî,* IV, 34' vd.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 238.

ne veya ondan başka yabancıya yapılıyor ise; *adl* olarak tayin edilen şahıs yeni durum sebebiyle ve ona uygun olarak rehni elde tutmaya razı olmadıkça, ikinci rehin tamamlanmaz.

Eğer ikinci rehin yabancı bir kişiye yapılmışsa, birinci mürtehinin razı olması şart mıdır? Malikîlerin bu konuda: "Rızası şart olmaz.", "Mutlaka rızası gerekir.", "Razı olsa dahi caiz değildir." şekiinde üç görüşleri vardır. Şayet ayn adl kişinin elinde bulunuyorsa bu konuda bir ve ikinci görüşler söz konusudur.

İkinci rehin, yabancı bir kimseye yapılmış ve her iki borcun vadesi aynı ise, her hangi bir problem yoktur. Ancak borç vadeleri değişik olur ve önce ikinci borcun vadesi gelecek olursa, kıymetinin azalması gibi bir zarar meydana gelmeden paylaştırılmasının mümkün olması halinde rehin iki borç arasında paylaştırılır ve birinci mürtehine alacağını karşılayacak miktar verilir; geri kalan da ikincisine verilir.

Şayet paylaştırılması mümkün olmazsa, merhun satılır borçlar verilir. Ancak ödemede ilk alacaklıya öncelik tanınır, geri kalan ikincisine verilir.

Bütün bunlar rehnin ikinci alacağa da ödenecek bir miktarının bulunması halinde söz konusudur. Şayet ikinci alacağa bir şey kalmıyorsa rehin birinci alacağın vadesi gelmeden önce satılmaz.

Şayet ilk alacağın vadesi gelirse, rehin satılır ve her iki alacak da önceki durumda olduğu üzere ödenir. Tabiî bu, zarar söz konusu olmaksızın borçlar arasında paylaştırmaya imkân olmaması halindedir.

Birinci mürtehinin elinde rehin telef olacak olursa ve kaybedilebilen yani elbise ve süs eşyası gibi saklanabilen türden olur ise, her hangi bir birinci mürtehin alacağından artan kısmın tazminatını, ikincisine ödemez. Çünkü birinci mürtehin artan kısmının eminî durumundadır.

8- Mirasçının borçlu terekeden bir kısmını rehnetmesi:

Merhunda rehin bırakılmasını engelleyen râhinden başkasınaait olan bir hak bulunabilir. Merhun olan malın yeniden rehin verilmesi veya borç olan terekenin rehnedilmesi halinde olduğu gibi. Nitekimbaşkasına ait olan mülkü rehnetmek sahibinin bunu geçerli kabul etmesine bağlıdır.

Mirasçının ölüye ait borcun taalluk ettiği terekenin bir kısmını rehin bırakması hakkında Hanefîler şöyle der: Böyle bir rehin terekenin borçtan kurtarılması veya temizlenmesi haline bağlı olarak geçerli olur. Böylelikle rehnedilen ayn, mürtehin için halis bir hak olur. Çünkü borç mirasçıların terekeye sahip olmalarına manidir. Ancak borç terekenin tümünü kapsamıyorsa, Hanefîler arasında bu konuda görüş ayrılıkları vardır.

Malikîlere göre: Bu durumda mirasçının rehin vermesi sahihtir. Ancak onun geçerli olması, borcun ödenmesine bağlıdır. Borç ödenmeyecek olursa, bu tasarruf da nakzedilmiş olur. Çünkü borç onlara göre, mirasçıların mirasa sahip olmalarına engeller.

Hanbelîlere göre: [1] Onlarda esah olan iki görüşten birisine göre, eğer mirasçı ölünün terekesini rehnedecek veya satacak olursa ve zekât dahi olsa ölünün üzerinde borç bulunuyorsa bu rehin ve bu satış sahih olur. Çünkü miras bırakan kimsenin vefatı ile tereke ona intikal etmiştir. Onun da bu mal üzerindeki tasarrufu ona malik olduğu bir zamana rastlamıştır. Kendisi tarafından yahut da kendi iradesi ile o mal üzerinde başkasının her hangi bir hakkı terettüp etmemiştir. Dolayısıyla bu kendi isteği ile başkasının hakkı kendisine taalluk eden kişi tarafından rehin bırakılan merhunun rehnine benzemez. Çünkü terekede ölünün borcunun mala taalluku, mirasçının isteği ile olmuş bir şey değildir; bu şeriatın hükmü gereğince olmuştur. Onun isbatı ve fiili olmaksızın mala taalluk eden ve sabit olan her türlü hakta da hüküm böyledir. Zekat ve cinayetlerde olduğu gibi. Bu, böyle bir hakkın kendisine taalluk ettiği bir malı rehin vermeyi engellemez.

O halde böyle bir rehin sahihtir ve terekenin aynlarında borç yükünün varlığı da söz konusudur. Şayet rehin gerçekleşir, ondan sonra da mirasçı terekeye taalluk eden hakkı ödeyecek olursa -ki bu hak da ölü üzerindeki borçtur- rehin olduğu gibi devam eder. Eğer varis ölünün borcunu ödemezse terekeden alacaklı olan kimselerin terekeden rehnedilmiş olan kısmı çekip alma hakları vardır. Çünkü onların tereke üzerindeki hakları daha önce gelir.

Bu şuna benzer: Mirasçı terekede tasarruf eder, sonra da miras bırakan kimsenin satmış olduğu mal ortaya çıkan bir kusur dolayısıyla varise geri verilir yahut da daha önceki bir sebep dolayısıyla fakat miras bırakanın vefatından sonra terekeye bir hak taalluk eder meselâ, onun ölümünden sonra bir hayvan, kendisi tarafından başkasının mülkünde kazılmış bir kuyuya düşecek olursa, varisin bu gibi hallerdeki tasarrufu sahihtir, fakat lâzım (bağlayıcı) değildir. Eğer mirasçı bu hakkı kendi malından ödeyecek olursa mesele yoktur; ödenmezse onun bu tasarrufu feshedilir.

Böyle bir durumda mirasçının rehnettiği ayn'ın sadece kendisine ait olmasına dikkat etmesi gerekir. Ta ki, onun bu rehnettiği şey, diğer bir varisin malik olduğu bir şey olmasın.

Şafiîlere göre: [2] Mirasçının terekenin bazı aynlarını rehnetmesi batıldır. Çünkü onlara göre tasarruf ya geçerli ve sahihtir yahut batıldır. Onlara göre de Hanbelîlerde olduğu gibi, *fuzulî*'nin tasarrufu sahih değildir. Böyle bir rehnin sıhhatini ve geçerli olmasını engelleyen, borcun terekeye taalluk etmesidir. Borcun taalluku mirasçıların mülk edinmesini engellemiyorsa da, bu tereke bir rehin aktinin bir so-

1- *el-Muğnî,* IV, 350; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 316 vd.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* III, 144 vd.; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* III, 304.

nucu olarak değil de borç karşılığında şerî bir şekilde rehnedilmiş kabul edilir.

Şafiîlerdeki azhar görüşe göre, borcun terekeyi tümüyle kapsaması ile kapsamaması arasında bir fark yoktur. Bu bakımdan onlar borç hakkının taalluku ile birlikte varisin terekede tasarrufunu kabul etmezler. Aynı şekilde aynın kendisi karşılığında rehin verilmiş olduğu bir borc varken rehnedilmiş aynda râhinin tasarrufta bulunmasını da kabul etmezler.

9- Çabuk bozulan şeylerin rehnedilmesi:

Vadesi gelmiş veya vadeli borç karşılığında çabuk bozulan şeylerin rehnedilmesi Hanbelîlere göre de başkalarına göre de sahihtir. [1] Rehnedilen bu şeyin üzüm ve hurma gibi kurutulmak suretiyle ıslahı mümkün olan türden olması ile bu şekilde ıslahı mümkün olmayan kavun, karpuz ve yemek gibi olması arasında bir fark yoktur. Eğer kurutulabilecek türden ise, râhinin bunu kurutması gerekir. Çünkü onun kurutulması muhafaza edilmesinin ve kalıcılığının sağlanmasının bir gereğidir. Şayet kurutulamayacak türden ise, borcun vadesi gelmiş veya bozulmadan önce gelecek olduğu takdirde rehin satılır, bedelinden borç ödenir. Şayet bozuluşundan önce vade gelmeyecek olursa, merhunu satar ve bedelinionun yerine rehneder. Rehin aktinde onun satılmasının şart koşulmuş olması ile mutlak yapılmış olması arasında bir fark yoktur; çünkü örf bunu gerektirmektedir. Zira malik mülküne karşı haristir. Eğer mülkün korunması ancak satılması yolu ile söz konusu olursa, o takdirde mutlak olan akit buna hamledilir. Nitekim kurutulabilecek şeyin kurutulması ve hayvana gereken masrafın yapılması da böyledir.

Şafiîlere göre: [2] Eğer bozulmasından önce vadesi gelmeyecek bir borç karşılığında merhun rehin bırakılacak olursa duruma bakılır: Şayet bozulmasından korktuğu takdirde onu satması şartını koşmuşsa rehnetmesi caiz olur. Mutlak olarak rehin bırakmış ve şart koşmamışsa bu konuda iki görüş vardır: Sahih olan görüş bunun rehnedilmesinin sahih olmayacağıdır. Zira ödenmesi gereken hakkı, vadesi gelmeden önce borç karşılığında satmasına imkân yoktur. Tıpkı satmamasını şart koşması hâlinde rehnin sahih olmayacağı gibi. Şayet vadenin gelişinden önce merhunun bozulup bozulmayacağı bilinmemekte ise, azhar olana göre, mutlak rehin sahih olur. Çünkü aslolan, bu vadenin gelişinden önce bozulmamasıdır.

10- Meyve suyunun rehnedilmesi:

Meyve suyunun rehnedilmesi caizdir. Çünkü onun satılması da caizdir. Meyve suyunun hamra dönüşmesi suretiyle mal olmaktan çıkması rehninin sıhhatine mani değildir. Eğer bu sirkeye dönüşürse, rehin o hâliyle söz konusu olur. Şayet kabz edildikten sonra şarap olacak olursa, dökülmesi vacip olur ve artık aktin lüzumu (bağlayıcılığı) da kaybolmuş olur. Bu şarap döküldüğü takdirde, onun üzerin-

1- *el-Muğnî,* IV, 341; *el-Mühezzeb,* I, 308; *el-Bedâyi,* VI, 148.
2- *el-Mühezzeb,* I, 308; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 123 vd.

deki akit batıl olur; mürtehinin de bu konuda tercih hakkı yoktur, çünkü telef onun elinde olmuştur.

Eğer mürtehinin onu kabzetmesinden önce hamra dönüşecek olursa, Hanbelîlere göre böyle bir rehin batıl olur. Hanefîlerle, Hanbelîler esah görüşlerinde Şafiîler, rehin batıl olmaz ve bu haliyle kalır, derler. Çünkü devam ve kalıcılık konusunda, başlangıçta bağışlanamayan şeyler bağışlanabilir. Zira o bir meyve suyu iken bir kıymeti vardı; tekrar bir kıymete sahip olması da caizdir. [1] İbni Kudame şöyle der: "Bu sıhhata daha yakın olan bir görüştür, çünkü şarap tekrar sirkeye dönüşmek suretiyle rehin de olur."

11- Mushafın rehnedilmesi:

Hanefîlere, Malikîlere ve esah görüşlerinde Şafiîlere göre: [2] Mushafın, hadis, tefsir ve selefin görüşlerinin yazılı olan ve mürtehinin okumayacağı kitapların rehnedilmesi sahihtir. Çünkü rehin akti, alıkoymak hakkını ifade eder; ondan yararlanmak hakkını değil. Şayet onlardan yararlanacak ve kullanması hâlinde telef olacak olursa, kıymetinin tamamını öder; çünkü o bir durumda bir gâsıp olmuş olur.

Hanbelîlerce esah görülen görüşe göre [3] mushafın rehnedilmesi sahih olmaz. Çünkü mushafın satışı sahih değildir. Rehinden maksat ise, gerektiğinde onun kıymetinden borcun istifası (tahsil edilmesi)dır. Böyle bir şey ise, ancak onu satmakla gerçekleşir. Mushafın satılması ise, caiz değildir. Ancak hadis ve tefsir kitaplarının rehnedilmesi sahihtir; kâfire dahi olsa olur. Ancak bu son durumda bu gibi kitapların *adl* bir müslümanın elinde olması şartını da koşması gerekir.

3. Rehnin Hükümleri veya Sonuçları:

Rehnin hükümlerine dair yapılacak açıklamalar, sahih rehnin hükümleri ile fasit rehnin hükümleri olmak üzere iki kısımdır.

Sahih rehin, gerekli şartlarını taşıyan rehindir, sahih olmayan rehin ise şartlarını taşımayan rehindir. Hanefîlere göre sahih olmayan rehin, batıl ve fasit olmak üzere iki türdür.

Batıl rehin: Eksikliğin, tutarsızlığın, aktin aslında olması demektir. Mesela, deli ve bunak kimse gibi akit esnasında akit yapma ehliyetinin bulunmaması veya mesela kesinlikle mal olmayan bir şeyin rehnedilmesi hâlinde olduğu gibi akit mahallinin ortadan kalkması veya karşısında rehin bırakılan şeyin (merhununbih'in) kısas ve şuf'a gibi mal ile tahsil edilemeyecek şeylerden olması gibi. Borç karşılığında merhunun satılmamasını şart koşmak veya mürtehinin rehinde diğer alacaklılara göre bir ayrıcalığının olmamasının şart koşulması gibi rehnin manasını kay-

1- *el-Muğnî,* IV, 342, *Muğni'l-Muhtâc,* II, 129; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 316.
2- *el-Bedâyi,* VI, 146; *Bidayetü'l-Müctehid,* I, 269; *el-Mühezzeb,* I, 309; *el-Bâcûrî,* II, 126.
3- *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 314; *el-Muğnî,* IV, 341.

betmesi halleri de batıl rehne örnektir.

Fasit rehin ise aktin niteliğinde eksiklik bulunması demektir. Meselâ merhunun üzerinde başka bir hakkın bulunması veya merhununbihin -*Nevâdir*'deki bir rivayete göre- satıcının elinde bulunan mebî gibi başkası karşılığında tazminat altında olması gibi. Zahirü'r-rivaye'ye göre kabzdan önce mebînin rehnedilmesi, şartlar bahsinde açıkladığımız gibi sahihtir.

Sahih olmayan rehin Hanefîlere göre bir çeşit olup ya batıldır veya fasittir. Bu da şart koştukları sahih rehnin şartlarını taşımayan rehindir. Bu konuda bazı hususlarda kendi aralarında görüş ayrılıkları da bulunmaktadır.

Sahih Rehnin Hükümleri

Sahih Rehnin Hükmü ve Sonuçları

Rehin, mürtehin için değil, râhin için bağlayıcıdır. Rahin, bu akdi feshetme hakkına sahip değildir. Çünkü rehin, borç karşılığında yapılmış bir teminat akdidir. Mürtehin ise akti istediği zaman feshetme hakkına maliktir. Çünkü rehin akdi onun menfaati için yapılmıştır.

Bu akdin sonuçları bütün fakihlere göre merhunun kabzedilmesine bağlıdır. Mürtehinin, rehin bırakılan ayn'ın semenine hak kazanabilmesi veya diğer alacaklılardan farklı bir ayrıcalık hakkını elde edebilmesi ancak merhunu kabzetmesiyle mümkün olur.

Cumhura göre rehnin lüzumu da ancak kabz ile tahakkuk eder. Malikilere göre ise, icap ve kabul ile lüzum (bağlayıcılık) söz konusu olur. Bu konuda mezheplerin görüşleri aşağıda açıklanmıştır:

Hanefî, Şafiî ve esah görüşlerinde Hanbelîlerden oluşan cumhura göre: [1] Rehin, bütün hâllerinde ancak kabz ile lüzum ifade eder. Kabzdan önce ise râhin, rehni geçerli de kılabilir fesh de edebilir. Bunların delilleri, daha önceden de açıklamış olduğumuz yüce Allah'ın *"Kabzedilen bir rehin"* (Bakara, 283) buyruğudur. Çünkü burada mana, kabz edilen bir merhûnu rehin olarak vermek demektir. Zira Arap dili kaidelerine göre cevap cümlesinin başında bir "fa" ile birlikte masların bulunması, emir manasınadır yani "rehnediniz" demektir. Sıfatı söylenerek bir şeyin emredilmesi ise o sıfatın onda şart olmasını gerektirir. Bir sıfat ile birlikte meşru kılınmış bir şey ise, ancak onunla birlikte var olur. Dolayısıyla rehin ancak kabz ile lâzım olur. Çünkü rehin bir teberru akdidir. Râhin rehin için mecbur edilmez. Dolayısıyla bunun geçerli olması için kabz vacip olur. Zira kabzdan önce rehnin, zahiri durumunda kabzın dışında görülecek bir tarafı yoktur; hibe ve sadakada olduğu gibi. Dolayısıyla kabz ile birlikte olmadığı sürece rehin akdi şer'an var olmaz ve akdin etkileri de terettüp etmez; kabz olmadıkça da akdin lüzumundan söz edilemez.

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 340 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 63; *el-Mühezzeb,* I, 305; *el-Muğnî,* IV, 32[illegible] vd.

Malikîlere göre: [1] Rehin, icap ve kabul ile lâzım olur; kabz ile tamam olur. İcap ve kabul meydana geldiği takdirde artık râhin aşağıdaki dört engelden birisi bulunmadığı sürece rehni mürtehine teslim etmeye zorlanır. Söz konusu bu dört engel şunlardır: Akitten sonra ve teslimden önce râhinin ölümü, genel iflasa götürme-yani borçların râhinin bütün servetini kuşatması hâlinde alacaklıların râhinden borçlarını ödemesini istemeleri, râhinin ölümcül hastalığa yakalanması veya delirmesi.

Akit ile rehnin lüzumuna dair delilleri -önceden de açıklandığı gibi- şudur: Akit ve iltizam, icap ve kabul ile gerçekleşir. Nitekim yüce Allah: *"Ey iman edenler! Akitlerinizi tastamam yerine getiriniz."* (Maide, 1) buyurmuştur. Rehin de bir akittir ve onun emri de vücup içindir. Dolayısıyla bu akdi yerine getirmek, râhin için bağlayıcı bir surette vacip olur; çünkü böyle bir akdi yerine getirmeyi iltizam eden odur.

Rehin Akdinin Etkileri, Sonuçları: Rehnedilen aynın (merhunun) mürtehine teslim edilmesi ile rehin akdi tamamlanacak olursa, onun tamamlanmasının ve teslim edilmesinin aşağıdaki hükümleri ortaya çıkar.

1- Borcun merhun ile ilişkili hale gelmesi

2- Rehnin haps (alıkonulma) hakkı

3- Rehinin muhafaza edilmesi

4- Rehin masrafı

5- Râhinin rehinde tasarrufuna engel olunması

6- Rehinden faydalanmamak

7- Rehnin tazminat altında oluşu (Hanefîlere göre rehnin borçtan önceki tazminat durumu)

8- Rehnin satılması veya mürtehinin alacağının ödenmesi için rehnin satışını istemesi, mürtehin olan alacaklının diğer alacaklılara göre imtiyazı

9- Borcun sona ermesi hâlinde rehnin teslim edilmesi veya iade edilmesi.

1- Borcun merhuna (Rehnedilen mala) taalluku:

Bu husustaki umumi kaide rehnin bölünmemesidir. Her hangi bir ayn, borç karşılığında rehnedilecek olursa, bu borç rehnedilen aynın bütün cüzlerine veya birimlerine taalluk eder. Sanki bu ayn borcun bütün cüzleri karşılığında rehin verilmiş gibi. İbra veya ödeme vb. yoluyla borcun bir kısmı düşecek olursa yine rehnedilen aynın bütününe borcun geri kalan kısmı taalluk eder.

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* III, 270 vd.; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 240 vd.

Rehne taalluk eden borç, sadece malın rehnedilmesine sebep teşkil eden borçtur. Diğer borçların rehnedilene taalluku yoktur.

Bu taalluk esasına göre mürtehinin lehine habs (alıkoyma) hakkı sabit olur. O borcun tümü ödeninceye kadar merhunu hapsetme hakkına sahiptir. Merhun ister muayyen, tek bir şey olsun, isterse de bir çok şey olsun, farketmez.

Fıkhen bu kaide veya asıl üzerinde ittifak edilmiştir. Ancak fakihler akdin birden fazla olması ve olmaması hâllerinde bunun tatbikatı konusunda farklı görüşlere sahiptir.

Hanefîlere göre: [1] Akdin bir olması (ittifakı), siganın ittifakına bağlıdır. Kullanılan siga bir ise, akit de birdir. Rehnin bir veya birden çok borç hakkında olması arasında fark yoktur. Şayet borçlu borçlarından birisini ödeyecek olursa onun karşılığını teşkil eden merhunu geri isteyemez. Merhunun bir olsun veya birden çok olsun, farketmez. Şayet râhin (rehin veren) merhun aynlardan her hangi birisine karşılık olan borcunu ödeyecek olursa o ayn'ı geri isteyemez. İsterse rehin akdinde merhun olan her bir ayn için borcun hangi payına karşılık olduğunu tayin etmiş olsun, yine durum böyledir. Çünkü akit birdir ve tayin (adlandırma) ile taaddüd etmez.

İster (iki borçlunun bir alacaklı yanında aynı şeyi rehin bırakması hâlinde olduğu gibi) râhin taaddüd etsin, isterse de (iki kişinin ortak olması veya her birisinin râhinde kendine âit bir alacağının bulunması hâlinde olduğu gibi) mürtehin taaddüd etsin, akit müttehid (tek) olduğu takdirde, rehinden her hangi bir şey kurtulmaz. Çünkü rehin bütün borçlar veya borcun tümü karşılığında hapsedilmiştir. Eğer siganın taaddüdü ile akit de taaddüd etmişse rehinden ona tekabül eden kısım kurtulur (ibra olur).

Malikîlere göre: [2] Râhin ve mürtehinden her birisinin taaddüdü ile veya taraflardan her hangi birisinin taaddüdü ile akit de taaddüd etmiş olur. Eğer râhin ve mürtehin birer kişi ise, o vakit rehin akdi de bir olur. Rehin akdi bir olduğu takdirde, borcun bir kısmının ödenmesinden sonra da geri kalan borç karşılığında merhunun tümü rehin olarak kalmaya devam eder. Çünkü merhunun her bir cüz'ü borcun her bir cüz'ü karşılığında rehindir.

Râhin iki ve mürtehin tek olmak suretiyle rehin taaddüd ederse ve râhinlerden birisi üzerindeki borcu ödeyecek olursa, merhundaki kendisine ait olan hisseyi geri ister. Yahut râhin tek ve mürtehin birden fazla olursa, râhin alacaklılardan birisinin payını ödediği takdirde rehinden ona tekabül eden kısmı geri ister.

Dikkat edilecek olursa râhin bir kişi, mürtehin birden fazla olursa ve merhun da pay edilmeyecek türden olmakla birlikte alacaklılardan birisine borcunu öderse;

1- *el-Bedâyi,* VI, 153; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 78.
2- *Haşiyetü'd-Desûkî,* III, 258; *ed-Derdîr,* III, 257.

rehin emin bir kimsenin elinde bırakılır yahut da mürtehinin elinde o borcun karşılığı olan hisse emanet olarak kalır.

Hanbelîler de [1] *Malikîler gibi söylemişlerdir:* İcap veya kabulde bulunan kimselerin taaddüdü ile akit taaddüd eder. Şayet icapta bulunanlar iki kişi, kabul eden de bir kişi olursa iki akit olur. Eğer icapta bulunan bir kişi, kabul eden iki kişi olursa yine iki akit yapılmış olur. Şayet icap ve kabulde bulunanlar ikişer kişi olursa dört akit olmuş olur.

Râhin ve mürtehin birer kişi oldukları takdirde ise, rehin akdi bir olur. Borcun bir veya birden çok olması durumu değiştirmez. Böyle bir durumda borçlu borcun bir kısmını ödeyecek olursa veya borçlardan birisini ödeyecek olursa rehinden ona tekabül eden kısmı geri isteme hakkı yoktur.

Şayet râhin birden fazla olursa borcunu ödeyenin hissesi rehinden kurtarılmış olur. Mürtehin birden fazla olur ve râhin alacaklılardan birisine borcunu öderse, rehinden ona ait olan hisse çıkmış olur ve râhin bunu geri ister.

Hem râhin hem de mürtehin birden çok oldukları takdirde, -ki bu da (ikişerden) dört akit olur- o vakit merhunun her bir dörtte biri borcun dörtte biri karşılığında bir rehin olur. Borcun dörtte birini veya daha fazlasını ödemesi hâlinde rehinden ona tekabül eden miktar çözülmüş olur. Kadı Ebu Ya'la; "Doğrusu da budur" demiştir.

Şafiîlere göre: [2] Borcun taaddüdü veya bir olması ile rehin de taaddüd eder veya bir olur. Çoğunlukla borç, akit taraflarının taaddüdü ile taaddüd eder. İsterse tarafların vekilleri bir olsun yine böyledir ve bu, alışverişin aksinedir. Çünkü alışverişte itibar (vekil dahi olsa) doğrudan akdi yapan kişinin birden fazla olmasınadır. Zira rehnedilen mal, borç karşılığında bir vesikadır. Borç taaddüd edecek olursa vesikası da taaddüd eder. Alacaklının veya borçlunun taaddüdü ise çoğunlukla borcun taaddüdünü de gerektirir. Ancak alışveriş bir damân akdidir. Dolayısıyla bu konuda onu doğrudan doğruya yapan kimse nazar-ı itibara alınır.

Şafiîlerin burada dikkat ettikleri esas nokta borcun taaddüd etmesi veya etmemesidir. Borç ise çoğunlukla ya borçlunun taaddüdü ile veya alacaklının taaddüdü ile taaddüd eder ve bunların taaddüt etmemeleri veya alacaklı iki kişi bile olsa borcun ortak olması hâlinde de bir olur. Bu son durumda ise Şafiîler, Malikî ve Hanbelî mezhebinden farklı görüştedirler.

Buna göre her hangi bir kişi, bir evi iki alacaklısına rehin verse, sonra bunlardan birisinin borcunu ödese, ödediği bu borca tekâbül eden miktar rehinden çözülür. Çünkü alacaklının taaddüdü sebebiyle borç da taaddüd etmiştir. Şu şartla ki, alacaklıların her birisinin kabzedeceği miktarın özel olması gerekir. Şayet o kısım-

---

1- *el-Muğnî,* IV, 346, 402.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 241 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 307.

da öteki onunla ortak olacak olursa, rehinden hiç bir şey çözülmüş olmaz; çünkü borç bütünüyle ödenmemiş olur.

Rehnetmek üzere bir malı iki kişiden ariyet (ödünç) olarak alsa, sonra borcun yarısını ödese, rehnedilmiş malın yarısı rehinden çözülür.

Özetle merhundan her hangi bir şeyin çözülmesinde veya çözülmemesinde fakihlerin ittifakla nazar-ı itibara aldıkları nokta, rehin akdinin taaddüd etmesi veya etmemesidir. Şu kadar var ki, Hanefîlere göre taaddüdünde esas alınan nokta, siganın taaddüdüdür. Akdi yapan tarafların taaddüdüne veya taaddüd etmemesine bakmazlar. Malikîlerle Hanbelîler de esas alınan nokta, akdi yapan tarafın taaddüdüdür. Şafiîlerde ise borcun taaddüd edip etmemesidir. Şafiîlere göre borç, borçlunun veya alacaklının taaddüdü ile çoğunlukla taaddüd eder. Dolayısıyla Şafiîlerin görüşü Malikîlerle Hanbelîlerin görüşüne yakın demektir.

2- Rehnin hapsedilme (alıkonulma) hakkı:

Haps hakkı, borcun merhuna taallukuna bağlıdır. Çünkü böyle bir taalluk borcun merhundan veya bir başkasından ödenebilmesi için bir vesile olsun diye meşru kılınmıştır. Güvenilir bir şekilde böyle bir taallukun gerçekleşmesi ise, ancak borcun taalluk ettiği şeyin mürtehinin yanında hapsedilmesi (alıkonulması) ile mümkün olur. Ta ki, bu alıkoyma borçluyu borcunu ödemeye itecek bir sebep olsun. Çünkü bu durumda borçlu borcunu ödemeyecek olursa, hapsedilmiş olan malın zorla satılmasından korkacaktır. Dolayısıyla borcun rehne taalluku ve merhunun hapsedilmesi bu konudaki vesikalandırmanın unsurlarındandır.

Buna binaen Hanefîler şöyle der: [1] Rehnin sıhhatinin bir sonucu olarak, rehnedilen aynın devamlı surette ve borcu ödemesinden önce râhinin merhunu geri almasına imkân vermemek üzere hapsedilmesinde mürtehinin hakkı sabit olmaktadır. Çünkü rehin vesikalandırmak için meşru kılınmıştır. Vesikalandırmak ise ancak kendisi vasıtası ile ödemenin gerçekleşeceği şeyin yani rehin bırakılan malın alıkonulması ile mümkün olabilir.

Haps hakkının sabit olması Hanefîlere göre mürtehinin alacağını istifa (tahsil) etmek için merhunu elinde bulundurması ile mümkün olur. Çünkü istif'anın manası, hak olarak alınan ayn'a sahip olmak ve aynı zamanda mülk olarak elde bulundurulmasının mümkün olmasıdır. Rehnedilen aynın mülk edilmesi; *"Rehin (rehnedileni) sahibinin mülkiyetinden çıkarmaz."* mealindeki sahih hadisle şer'an men edildiğine göre; geriye elde bulundurma mülkiyeti kalır. Bu'da hakkı almak için bir vesika olarak meşru kılınmış bulunan rehin akdi gereğince olur. Bu, merhunun ayn'ına sahip olma değil sadece elde tutma şeklindeki mülkiyetin sabit olması ile gerçekleşir. Çünkü sözlük itibarıyla rehin lafzının medlûlü de hapsetmek (yani alıkoy-

1- *el-Mebsût,* XXI, 63; *el-Bedâyi,* VI, 145; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 64 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 194- 196; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 345.

mak)tır. Şer'î manalar ise sözlük manalarına uygun olarak sabit olur.

Diğer taraftan merhun, maliyeti olan bir ayn olduğundan ve borcun ödenmesi de onun mal olma özelliği ile gerçekleştiğinden, mürtehinin onu elinde tutması, onun mal olması hasebiyledir. Dolayısıyla mal olma bakımından mürtehinin onu elinde bulundurması, istifa yoluyla elinde bulundurması içindir. O hâlde onun merhunu elinde bulundurması mal olarak borca tekabül eden kısmı ile alâkalıdır. Daha fazlası ise mürtehinin elinde bir emanet olarak bulunmuş olur.

Cumhura (Şafiîler, Malikîler ve Hanbelîlere) göre: Diğer vesikaların mucibi (gereği) ne ise, rehnin mucibi de odur. Bu mucip ise, rehin vasıtası ile ödemeyi isteme yollarının artmasıdır. Rehin vasıtası ile mürtehinin alacağı, merhun olan ayn üzerine taalluk eder, ve alacağının merhunun maliyetinden ödenmesini isteme hakkı sabit olur. Bu ayn satılır ve mürtehin öncelikle hakkını alma hakkına sahip olur.

Haps hakkı ise, rehin akdi için lâzım olan bir hüküm değildir. Râhin onu telef etmeksizin yararlanmak maksadıyla rehni geri isteyebilir. Ondan yararlanması son bulduktan sonra da tekrar mürtehine iade eder. Bunun delili de şu hadis-i şeriftir: *"Rehin edilen mal, onu rehneden sahibinden alıkonulmaz. Rehin edilen malın menfaatinden yararlanır, verdiği zararı ise öder." Yani rehin hapsolunmaz, demektir.*. Burada Peygamber (a.s.) rehni -temlîk ifade eden "lâm" ile- râhine izafe etmiş ve ona "sahibi" adını vermiştir. Dolayısıyla onun merhunun kendisine, yararlanma ve hapsetme hakkına malik olması gerekir.

Rehnin sürekli olarak alıkonulması ise, belgelendirme (tevsîk) maksadı ile rehin olmasına da aykırıdır. Çünkü rehin bazen telef olur ve bu durumda borç sakıt olur. Yani Hanefîlerin dedikleri gibi söylerler; o vakit bu rehin bir vesikalandırma değil, bir işi gevşetme (tevhîn) olur. Diğer taraftan hapste rehn ile yararlanma imkânını ortadan kaldırmak söz konusudur. O hâlde bu, malın anlamsız yere kullanılmaması, zayi edilmesidir ki bu şer'an yasaktır.

Özet olarak rehin akdi Hanefîlere göre merhun üzerinde mürtehin için daimi alıkoyma hakkını sağlarken Şafiîlere göre, rehin, sadece borcun ödenmesi için merhunun satılmak üzere belirlenmiş olduğunu ifade eder.

Benim kanaatime göre Hanefîlerin görüşü de emin yoldur. Çünkü bu görüş, rehin vakıasına uymaktadır. Rehin vakıası ise borçluyu borcunu ödemeye zorlamak için rehnin muhafaza edilmesidir. Bundan dolayı daha önceden kabzın şartlarında açıkladığımız gibi, Malikîlerle Hanbelîler merhunun alacaklının elinde kabzının sürekli olmasını ve bunun, râhin üzerindeki borcu ödeyinceye kadar devam etmesini zaruri görmüşlerdir. [1]

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 272; *el-Muğnî,* IV, 331.

Rehin aktinin gereği haps midir, yoksa satış için merhunun belirlenmesi midir? şeklindeki Hanefîlerle Şafiîler arasında görüş ayrılıklarından bir takım meseleler de ortaya çıkmaktadır:

a) Rehnin geri istenmesi: Hanefîler rehnedilen maldan faydalanmak maksadıyla geri istenmesini caiz kabul etmezler. Çünkü bu, rehin aktinin gereği olan merhunun mürtehinin yanında hapsedilmesine aykırı bir durumdur. Şafiîler ise ondan faydalanmak için geri istenmesini caiz kabul ederler. Çünkü onun istirdadı, aktin gereğine aykırı değildir. Aktin gereği ise borcun ödenmesi uğrunda satılması için merhunun belirlenmiş olmasıdır.

b) Merhundan ayrı ve ondan çıkan fazlalıklar: Hanefîlere göre merhundan meydana gelen ve ondan ayrı olan fazlalıkların da alıkonulması söz konusudur. Bunlar da asıl merhun ile birlikte alıkonulurlar. Çünkü ondan bir parça gibidirler. Şafiîlere göre ise bunlara rehnin hükmü sirayet etmez; borç karşılığında bu fazlalıklar satılmaz. Çünkü bunlar başka ayn'lardır.

c) Müşanın rehnedilmesi: Hanefîlere göre müşanın rehni sahih değildir. Çünkü müşada daimi bir haps düşünülemez. Şafiî, Malikî ve Hanbelîlere göre ise satılmasının caiz olması sebebiyle müşanın rehni caizdir ve rehnin hükmü, kıymetinden borcun tahsil edilmesi için satılmak üzere merhunun tesbit edilmiş olmasıdır.

Rehni Alıkoyduğu Halde Mürtehinin Borcunun Ödenmesini İstemesi:

Hanefîlere göre: (1) Borcun vadesi gelmiş ise mürtehin, merhun olan malı yanında alıkoymakla birlikte, râhinden borcunu isteme hakkına da sahiptir.

Borçlu borcunu ödemek istediği takdirde mürtehinden rehni getirmesini isteyebilir. O takdirde mürtehin de rehni getirmek zorundadır ki, rehnin hâlâ sağlam ve mevcut olduğu bilinsin. Bu durum, rehnin taşınmasının gerekmemesi ve bunun için bir masrafının olmaması hâlinde söz konusudur. Merhunun akit yapılan beldede bulunmak halinde olduğu gibi. Ancak rehinin taşınması ve bunun için bir masraf söz konusu ise ve rehnin getirilmesi isteği, rehin aktinin yapıldığı beldeden bir başkasında ortaya çıkmışsa, mürtehine rehni hazır etmesi teklif edilmez. Çünkü böyle bir durumda ona düşen, ödemenin yapılacağı yere nakil değil, sadece bir tahliyedir ki, onun büyük bir zarar görmesi söz konusu olmasın. Şayet rehni hazır etmesi talebi rehin aktinin yapıldığı beldede gerçekleşmişse, onu hazır eder. Çünkü onu hazır etmenin büyük bir zarar vermesi söz konusu değildir. Eğer rehin *adl* (emin) elinde bulunuyor ise, yine mürtehin onu hazır etmekle mükellef tutulmaz. Çünkü onu hazır etmeye gücü olmaz. Zira adl olan kişi, akti yapan taraflardan her hangi birisine rehni teslim edemez. Edecek olursa, tazminat ödemek durumunda olur, onu alan kişi de gâsıp olur.

1- *el-Bedâyi,* VI, 148, 153 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 343 vd.; *el-Lübâb,* II, 54-58.

Özet olarak, eğer rehnin getirilme isteği, rehnin yapıldığı beldede olursa, mürtehin kayıtsız şartsız onu getirmekle emrolunur. Böyle olmazsa ve bununla birlikte onun taşınması ve getirilmesi için masraf söz konusu olmuyorsa, yine getirmesi emredilir. Şayet taşınması söz konusu olursa emredilmez. İbni Abidin şöyle der: "Ancak bunun üzerinde düşünmek gerekir. Çünkü esas olan bunun masrafının olmasıdır. Eğer bir başka yerde olduğu için taşıma masrafına gerek duyulursa hazır etmekle yükümlü tutulmaz; şayet masrafa gerek olmazsa hazır etmekle yükümlü tutulur."

Benim de değerlendirmeme göre daha hassas ve evla olan görüş budur.

3- Merhun malın muhafazası:

Hanefîlerin mezhebine göre merhun malın mürtehinin yanında hapsedilme hakkı sabit olduğundan dolayı, mürtehin merhunu, âdeten kendisine ait olan malı nasıl muhafaza ediyorsa o şekilde elinin altında muhafaza eder. Kendisi vasıtasıyla, hanımı vasıtasıyla, çocukları veya hizmetçileri vasıtasıyla -eğer onunla birlikte aynı meskende bulunuyorlarsa- muhafaza eder. Yanında çalıştırdığı ücretlileri vasıtasıyla da muhafaza eder, çünkü merhunun ayn'ı mürtehinin elinde bir emanettir. Bu bakımdan vedîaya (emanete) benzemektedir. Vedîa nasıl korunursa, onu da öylece korur.

Bunların dışında kalan kimseler vasıtasıyla koruması caiz değildir. Eğer rehni vedia olarak bırakır veya onu korumakta kusurlu davranacak olursa, kıymeti ne olursa olsun onun tazminatını öder. Ebu Hanife'ye göre ise bu durumda tazminat ödeyecek kişi vedi değil, mürtehinin kendisidir. Ebu Yusuf ile Muhammed'e göre ise her ikisi de tazminat ödemek durumundadır. Mürtehin onu başkasına vedia olarak verdiği için, vedi de vedia veren kişinin mülkü olmayan bir şeyi teslim aldığı için tazminat öder. Ancak nihayette tazminatı, kendisine vedîa bırakılanın onu başka birine vedîa olarak bırakması durumunda olduğu gibi mürtehin öder.

Taşınması ve masrafı olsa dahi -vediada da olduğu gibi- yol emniyeti bulunuyorsa mürtehin yolculuğunda merhunu da beraberinde götürebilir.

4- Rehne harcama yapma veya rehnin masrafı:

Rehnin harcama veya masrafları fakihlerin ittifakıyla merhunun sahibi olan râhine aittir. Çünkü Şari' bu konuda geliri de masrafı da râhine tayin etmiştir: *"Rehin onu rehin bırakanı sahibinden engellenmez -mülk olarak alınmaz- onun geliri de onadır, masrafı da ona düşer."* [1]

1- Bu hadisin kaynakları daha önceden gösterilmiş bulunuyor. İmam Şafiî, Darekutnî ve başkaları Ebu Hureyre'den rivayet etmiş olup Darekutnî onun hakkında: "Bu, *hasen* ve *muttasıl* bir hadistir" demiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 235. Eğer: Bu hadis-i şerifin sonu İbnü'l-Müseyyeb'in sözleridir, denilecek olursa; İbnü'l-Müseyyeb'in *mürsel* ifadeleri ile amel edilir. Hatta bu kısmın da *merfu* olduğu başkalarının rivayeti ile teyid edilmiştir; diye cevap verilir.

Râhine düşen harcamanın türünde fakihler iki ayrı görüş ortaya atmışlardır:

Hanefilere göre: (1) Bu masraf ayn'ın maliki olmak itibarıyla râhine, onu korumakla mükellef olmak itibarıyla da mürtehine aşağıdaki şekilde dağıtılır:

Merhunun menfaatine ve kalıcılığına yarayan bütün gerekli harcamalar râhine aittir. Çünkü bu onun mülküdür. Merhunun muhafaza edilmesi için gereken ne varsa bu da mürtehine aittir. Çünkü onun alıkonulması mürtehinin lehinedir. Dolayısıyla bu alıkoymanın diğer hususları da ona düşer.

Buna göre râhine düşen, hayvanın yiyeceği, içeceği ve çobanının ücretidir. Aynı şekilde ağaçların sulanması, aşılanma masrafı, meyvesinin toplanması ve diğer işlerinin görülmesi; arazi ise sulanması, ıslah edilmesi, kanallarının açılması, giderlerinin yapılması, harac vergisi, hasılatının öşrü gibi şeyler râhine aittir. Çünkü bütün bunlar mülkü olan malın, kendisi vasıtası ile var olabileceği şeylerdir. Mülkün masrafı ise malike aittir.

Râhinin merhuna yapılacak masrafı, rehnin kendisinden veya onun gelirlerinden yapması, mürtehinin rızası olmadıkça caiz değildir. Çünkü merhunun tümüne mürtehinin hakkı taalluk eder. Merhundan artan şeylerin geri kalanlara harcamak maksadıyla satılmasında ise, mürtehinin hakkına tecavüz söz konusu olacağından, onun izni olmaksızın caiz olmaz.

Merhunun muhafaza edilmesi için gerekli ücreti bekçiye yahut da merhunu içerisinde muhafaza edeceği yere vermek mürtehine düşer. Mesela, hayvanın barınacağı ahırın ücreti, muhafaza edildiği deponun ücreti gibi. Çünkü bu ücret, bir koruma masrafıdır ve bu da mürtehine aittir. Buna göre rehin akdinde rehni korumayacağı için mürtehinin lehine bir ücret şartı caiz olmaz; çünkü bu, ona düşen bir görevdir, yapılan görev için ise ücret verilmez.

Ebu Yusuf'tan rivayet edildiğine göre, barınağın ücreti râhine aittir ve bu, onun için gerekli masraf ayarındadır. Çünkü bu, onun varlığını sürdürebilmesi için yapılan bir çalışmadır.

Kaybolması hâlinde merhunun geri getirilebilmesi için gerekecek masrafları ile yara veya hastalıkların tedavisi için gerekecek masraflar ise: (2) Hem râhinin hem de mürtehinin üzerinedir. Mürtehin, üzerindeki tazminat miktarı kadar bu masrafa iştirak eder; bu da borca tekabül eden kısmıdır; geri kalanı ise borç miktarından fazla olup mürtehinin tazminatı kapsamına girmeyen kısımdır, işte buna tekabül eden masraf da râhine düşer.

Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere (yani cumhura) göre: (3) Rehnin bütün harcama

---

1- *el-Bedâyi,* VI, 151; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 68; *el-Lübâb,* II, 61; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 346 *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 202.

2- *el-Fetâve'l-Bezzâziye'de:* "İlaç ve doktor masrafı mürtehine aittir" denilmektedir.

3- *eş-Şerhu'l-Kebîr ma'a'l-Haşiyetü'd-Desûkî,* III, 251 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 136; *el-Muğnî,* IV 392; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 326 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 314.

ve masrafları râhine aittir. Bunlar ister ayn'ın kalıcılığı için olsun, isterse de onu korumak ve tedavi maksadıyla yapılmış olsun, değişen bir şey olmaz. Çünkü az önceki hadiste şöyle denilmektedir: *"Rehin, onu rehin bırakandan alıkonulmaz. Onun geliri de, masrafı da ona aittir."* Buna göre bütün harcamalar onun katlanması gereken masraflar cümlesindendir. Çünkü memlükün masrafı malike aittir.

Şayet râhin harcama yapmayacak olursa, hüküm ne olur?

Malikîlere göre: Eğer râhin harcama yapmayacak olursa ve rehin de hayvanın alafı, akarın ıslahı gibi bir harcamayı gerektirecek olursa, mürtehin bu harcamayı yapar ve yaptığı bütün bu harcamalar için râhine rücu eder. İsterse bu harcama rehnin kıymetinden de fazla olsun. Bu durumda yapılan bu harcama, râhinin zimmetinde bir borç olur. Mal olarak rehinde veya onun ayn'ında -ister onun izni ile harcamış olsun, isterse onun izni olmaksızın harcamış olsun- olmaz. Çünkü o, râhine düşen bir görevi yerine getirmiştir.

Şafiîlere göre: Eğer râhin hazır ve gücü yeten bir kimse ise merhuna harcama yapmaya hakim tarafından mecbur edilir. Şayet elinin dar olması veya hazır olmaması sebebiyle mecbur tutulmasına imkân olmazsa hazır olmaması hâlinde hakim, eğer bir malı bulunmakta ise râhinin malından masrafı karşılar. Şayet fakir ise, hâkim başkasından borç alır yahut da rehnin bir kısmını satar veya mürtehine râhinin zimmetinde borç olmak üzereyapılır.

Mürtehin masraf yapmış ve bu masraf hakimin izni ile olmuş yahut da masraf yaptığı zaman şahit tutmuşsa râhine rücu eder. Râhinin hazır olmaması hâlinde rücu edebilmek için yaptığı masrafa şahit tutar.

Hanbelîler şöyle der: Eğer mürtehin izin alma imkânı varken râhinin izni olmaksızın masraf yaparsa, o bununla bir teberruda bulunmuş olur; yaptığı masrafla rücu etme hakkı yoktur. Şayet hazır olmadığı için veya buna benzer sebeple ondan izin istemekten âciz olur ve harcama yaparsa, onun misli olan harcama ile fiilen yaptığı harcama arasında hangisinin meblağı az ise, o kadarla rücu eder. Ancak yaptığı masrafı rücu niyetiyle yapmış olması şarttır. Hakimden izin alması yahut da yaptığı masrafa şahit tutması şartı yoktur.

5- Rehinden faydalanma:

Rehnin menfaatinden faydalanılmaması caiz değildir. Çünkü bu malı ziyan ve onu heder etmektir. Rehin olduğu esnada ondan yararlanmak gerekir. Ondan yararlanacak kimdir, râhin midir mürtehin midir?

Her birisini başlı başına olmak üzere, önce râhinin rehinden yararlanmasını ondan sonra mürtehinin rehinden yararlanmasını ele alacağız.

a) Râhinin Rehinden Yararlanması:

Râhinin rehinden yararlanması konusunda iki görüş vardır. Birisi Şafiîlerin

dışında kalan cumhurun, yararlanmanın caiz olmadığını söyleyen görüşü ile diğer mürtehine zarar vermediği sürece caiz olduğunu söyleyen Şafiîlerin görüşüdür. [1] Bu konuda mezheplerin görüşlerini etraflı bir şekilde görelim:

Hanefîlere göre: [2] Kullanmak, binmek, giymek, mesken olarak kullanmak veya buna benzer her hangi bir yolla merhundan yararlanmak, râhin için ancak mürtehinin izni ile mümkündür. Nitekim mürtehinin de rehinden yararlanması ancak râhinin izni ile olabilir. Hanefîlerin birinci duruma dair delilleri şudur: Haps (alıkoyma) hakkı, devamlı surette mürtehin için söz konusudur. Bu ise merhunun geri alınmasını engeller. Eğer râhin, mürtehinin izni olmaksızın faydalanacak olursa, meselâ rehnedilmiş olan ineğin sütünü içse yahut da böyle bir ağacın meyvesini yese ve buna benzer bir takım yollarla faydalansa kendisinden yararlandığı şeyin kıymetini tazminat olarak öder. Çünkü o kendisinin yaptığı bir fiil ile mürtehinin hakkını çiğnemiştir. Kullanmasının bedeli olan kıymet de rehnin, mürtehin tarafından alıkonulmasının kapsamı içerisine girer ve borç, o kıymete de taalluk eder.

Şayet râhin, merhunu kullanmak üzere ve mürtehinin izni olmaksızın geri alarak rehnedilmiş bineğe binse veya elbiseyi giyse yahut rehnedilmiş eve yerleşse ya da böyle bir araziyi ekse, mürtehinin rehin ile ilgili tazminatı ortadan kalkar ve râhin, rehnin gâsıbı olmuş olur. Onu mürtehine iade etmeye mecbur edilir. Elinde telef olacak olursa, kendi aleyhine olmak üzere telef olur. Şayet râhinin yararlanması için merhunun mürtehinin elinin altından çıkması gerekmiyorsa, ondan faydalanabilir; mürtehinin çalıştırdığı bir aletin icara verilmesi gibi. Mesela, değirmen gibi bir aletin öğüttüğü şeylerin ücreti o takdirde râhine aittir. Çünkü rehnin ziyadeleşen kısımları ve geliri râhine aittir. [3] Mürtehin bunu alacak olursa, alacağından hesap edilir. Bu görüşün esası şudur: Rehin akti,rehinde meydana gelen fazlalığı da ister bitişik olsun, ister ayrı olsun kapsamına alır.

Hanbelîlere göre: [4] Râhinin rehinden yararlanması mürtehinin izni veya rızası olmadıkça caiz değildir. Râhin rehnini kullanamaz, binemez, giyemez, içinde oturamaz. Şayet râhin ile mürtehin, râhinin ondan yararlanması konusunda ittifak etmeyecek olurlarsa, rehinden yararlanma imkânı ortadan kaldırılır. Yani şer'an bu mekruh olmakla birlikte, yapılacak başka bir şey olmadığından bu yola gidilerek, mesela rehin çözülünceye kadar ev kilitli kalır. Çünkü böyle bir rehin aynı itibarıyla haps altındadır. O bakımdan malikin ondan yararlanması caiz değildir. Râhinin elinde bedeli ödeninceye kadar alıkonulmuş, satılmış mal gibidir.

Bu görüşün temel kaidesi de şudur: Rehnin, bütün menfaatleri ve geliri aslı ile birlikte rehin olur. Yani konuyu tamamıyla Hanefîler gibi ele alırlar.

1- *el-İfsâh,* I, 238.
2- *el-Bedâyi,* VI, 146; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 342 vd.
3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 370.
4- *el-Muğnî,* IV, 390 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 323.

Rehnin ıslâhı: Râhinin, rehni ıslah etmesi, onun bozulmasını önlemesi, gerektiği takdirde tedavi etmesi, ihtiyaç olması halinde merhun olan dişi hayvana erkeğin çekilmesini sağlaması engellenemez.

Malikîler ise bu konuda az önce gördüğümüz iki mezhepten de daha ileri derecede işi sıkı tutmuşlardır. (1) Râhinin rehinden yararlanmasının caiz olmadığını kabul ettikleri gibi, mürtehinin râhine yararlanma iznini vermesini de rehnin iptal edilmesi sebepleri arasında kabul etmişlerdir; isterse fiilen yararlanmasın. Çünkü yararlanma izni, rehin konusundaki hakkından vazgeçme olarak kabul edilir.

Rehnin menfaatleri râhinin mülkiyetinde olduğundan, kendisine vekâleten ve râhinin adına rehinden yararlanması için mürtehine vekâlet verebilir; böylelikle rehnin menfatleri boşa gitmemiş olur. Şayet mürtehin evi kilitlemek gibi merhunun kullanılmasına imkân vermeyecek olursa, bazı Malikîlere göre bu kilitlenme döneminde ecr-i misili tazminat olarak öder. Çünkü bu konuda râhinin böyle bir menfaati elde etmesine fırsat vermemiştir. Bazıları ise, böyle bir tazminat ödemesi gerekmez demişlerdir. Çünkü mürtehin râhinin malını onun lehine kullanmakla görevli değildir. Kimisi de şöyle demiştir: Râhin kullanıldığını bilir ve kullanılmaması hâlinde de bu durumu reddetmedikçe tazminat ödemez.

Şafiîler ise az önce sözü geçen cumhurun görüşlerine hilâfen şöyle demektedirler: (2) Râhin, merhunun kıymetinin eksilmesi sonucunu doğurmayan her türlü yolla rehinden istifade eder: Binmek, kullanmak, içinde oturmak, giymek, bineğe veya arabaya yük yüklemek gibi. Çünkü rehnin menfaatleri ve artışı (veya geliri) râhinin mülküdür ve Şafiîlere göre borç, (rehinden sağlanacak) menfaat ve gelire taalluk etmez. Bunun da sebebi Darekutnî ile Hakim'in rivayet ettiği: *"Rehin binilir de sütü sağılır "* haberi ile Buharî'nin: *"Binek merhun olduğu takdirde ona masrafı karşılığında binilir"* hadisidir.

Rehnin kıymetinin azalması sonucunu veren inşaat, rehnedilmiş arazide ağaç dikmek gibi hallerde ise, faydalanma hakkına riayet etmek üzere mürtehinin izni olmadıkça râhinin yararlanması caiz değildir. Mürtehin râhinin tasarrufundan önce bu izninden de vazgeçebilir.

Şayet mürtehinin yanında bulunan bir aleti kiraya vermek gibi geri almaksızın merhundan faydalanmak mümkün olursa, mürtehinden geri alınmaz. Eğer oturmak maksadıyla kullanacağı bir ev yahut binmek üzere kullanacağı bir hayvan veya bir araba olması hâllerinde olduğu gibi, geri almaksızın faydalanmak mümkün olmuyorsa, ona ihtiyaç olması sebebiyle geri alır. Ondan faydalanması nihayete erdikten sonra da rehni mürtehine geri verir.

b) Mürtehinin Rehinden Yararlanması:

Hanbelîlerin dışında kalan cumhurun görüşüne göre, mürtehin rehinden her

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr ma'a'd-Desûkî,* III, 241 vd.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 131 vd.

hangi bir şekilde faydalanamaz. Sütü sağılan ve binilen hayvandan yararlanmanın cevazına dair varit olmuş haberleri, râhin rehne masraf yapmaktan kaçındığı takdirde, mürtehin ona masraf yapacak olursa, ona verdiği yem miktarınca ondan yararlanmanın caiz olduğuna hamletmişlerdir. Hanbelîler bir hayvan olması hâlinde, mürtehinin rehinden faydalanmasını caiz görürler. O böyle bir hayvanın ona verdiği yem ve yaptığı masraf miktarınca sütünü sağabilir ve sırtına binebilir. [1] Bu konuda mezheplerin görüşleri aşağıdaki şekildedir:

Hanefilere göre: [2] Mürtehin, merhundan kullanmak, binmek, içinde oturmak, giymek, bir kitap olması hâlinde onu okumak suretiyle ancak râhinin izni ile istifade edebilir. Çünkü mürtehin faydalanma hakkına değil, onu alıkoyma (habs) hakkına sahiptir. Ondan faydalanacak olur ve kullanma sırasında telef olursa, kıymetinin tümünü tazmin eder. Çünkü o bu durumda bir gasıp demektir.

Râhin, merhundan faydalanma iznini mürtehine verecek olursa, Hanefîlerin bir kısmına göre bu, mutlak olarak caizdir. Kimisi de bunu mutlak olarak yasaklamıştır. Çünkü bu bir ribadır veya riba şüphesi bulunmaktadır. Bu konuda izin veya şüphe ise, ribayı helâl ve böyle bir şüpheyi mübah kılmaz. Kimisi de meseleyi etraflı bir şekilde ela alarak şöyle demektedir: Şayet akit esnasında rehinden istifade etme şartını koşmuşsa bu haramdır, çünkü bu bir ribadır. Eğer akitte bunu şart koşmamışsa caiz olur, çünkü bu râhinin mürtehine yaptığı bir teberrudur. Şart koşmak açıkça olabileceği gibi, örf yoluyla da olabilir. Örf yoluyla bilinen bir şey ise şart koşulmuş gibidir.

Böyle bir açıklama şekli şeriatın ruhuna da uygundur. İnsanların durumlarında çoğunlukla rastlanılan ise şudur: Onlar bir borç verdiklerinde faydalanmak isterler. Eğer bu olmamış olsaydı, borç para vermezlerdi. Bu ise şart seviyesindedir. Çünkü maruf şart koşulmuş gibidir. Bu da yasağı tayin eden hususlar arasındadır. Nitekim İbni Abidîn böyle demektedir.

Bizim görüşümüze göre borçta ihtiyat gerekli bir husustur. Açıkça veya örf yoluyla şart koşulmuş gibi olsun, beraberinde her hangi bir menfaat sağlayan her türlü karz (borç), Hanefîlere göre bir riba (faiz)'dır. İbni Nuceym, *el-Eşbâh*'da, mürtehinin rehinden faydalanmasının tahrimen mekruh olduğunu açıkça ifade etmektedir. *Tatarhaniyye*'de de şöyle denilmektedir: "Bir miktar borç alsa ve borç verene de iki ay süre ile kullanmak üzere, borcunu ödeyeceği vakte kadar eşeğini verse yahut içinde oturmak maksadı ile evini verse, bu fasit icare durumundadır. Kullandığı takdirde ecr-i mislini ödemesi gerekir ve bu rehin olmaz."

Buna göre biz şunu uygun görmekteyiz: Günümüzde insanların mürtehinin mesken olarak kullanması maksadı ile râhin borcunu ödeyinceye kadar evlerini re-

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 273.
2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 342; *el-Bedâyi,* VI, 146; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 67; *el-Hidâye Tekmiletü'l-Feth ile-* VIII, 201.

hin bırakılmaları mezheplerin ittifakı ile caiz olmayan bir borç işlemidir ve böyle bir akit *bey bi'l-vefâ* ((satıcının bir malı, müşteriye bedelini reddettiğinde geri almak üzere satmak) kabilinden değildir. Çünkü insanların bundan maksadı bey' değildir.

Malikîler ise konuyu etraflı bir şekilde ele alarak şöyle demektedirler: (1) Râhin, mürtehine faydalanmak için izin verse veya mürtehin faydalanmayı şart koşsa, eğer borç bir satış veya buna benzer (karşılıklı ivaz muamelesi gibi) bir sebep dolayısıyla olmuşsa, caizdir. Ayrıca müddetin de belli ve tayin edilmiş olması gerekir ki, icareyi ifsat eden cehalet söz konusu olmasın. Çünkü böyle bir akit hem bir satış, hem de bir icare aktidir ve bu caizdir. Böyle bir cevaz ed-Derdîr'in de söylediği gibi mürtehinin kendisi namına bedelsiz bir menfaat sağlaması yahut da borçtan hesabedilsin diye bir kısmını vaktinden önce alması demektir. Şayet borç bir karz ise faydalanması caiz olmaz. Çünkü bu menfaat getiren bir karz olur. Karz halinde râhin mürtehine menfaati teberru edecek olursa istifade etmek ise, caiz değildir. Yani mürtehin bunu şart koşmamış olsa dahi böyledir. Çünkü bu, borçlu bir kimsenin verdiği hediyedir ve Peygamber (a.s.) bunu yasaklamıştır. (2)

Özetle, mürtehinin kendisi namına rehin menfaatini şart koşmasının sekiz şekli söz konusudur. Bunun yedisi menedilmiştir; sadece bir tanesi caizdir. Menedilen şekillerin dördü, karz işlemindedir: Ya menfaat müddeti bellidir veya meçhuldur, ya şart koşulmuştur ya da şart koşulmadan karşılıksız olarak verilmiştir. Üç şekli ise satış aktindedir: Ya bu menfaati karşılıksız olarak vermektedir -müddeti muayyen veya meçhul olsun- ya da şart koşulmuş ve müddeti tayin edilmemiştir; yani müddet bilinmemektedir. Caiz olan şekil ise şudur: Eğer bu şekilde faydalanmak satış aktinde şart koşulmuş ve müddet de tayin edilmiş ise caiz olur. Bunda caiz olma hâli de şöyledir: Eğer mürtehin bu menfaati karşılıksız olarak almayı şart koşar yahut da geri kalan kısmından sayılması için vaktinden önce borçtan tahsil etmek üzere hesap edilirse caiz olur.

Şafiîlere göre: (3) Genel olarak Malikîler gibi düşünmektedirler. Mürtehin, rehnedilen ayndan faydalanamaz. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Rehin, onu rehin bırakan sahibinden alıkonulmaz. Onun geliri de ona aittir, masrafı da."* İmam Şafiî, "Buradaki gelir"den maksat, artışlarıdır, "masraflar (gurm)"dan maksat ise telef olması veya eksilmesidir. Diğer faydalanma şekillerinin ise bu şekilde gelir olduğunda şüphe yoktur" der. İbni Mes'ud'un da görüşü budur.

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 246; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 273; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 324.

2- Enes'ten gelen rivayete göre Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Borç verdiği takdirde hediye almasın"* yani ödemeden önce hediye kabul etmesin. Buharî *Tarih*'inde rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 231.

3- *Haşiyetü'l-Buceyrimî ale'l-Hatîb,* III, 61; *el-İfsâh,* I, 238; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 121.

Şayet mürtehin karz aktinde râhine zarar verecek bir şeyi -merhunun artışlarının veya menfaatinin kendisine yani mürtehine ait olması gibi bir şart koşarsa- bu şart batıl olacağı gibi azhar olana göre rehin de batıl olur. *"Çünkü yüce Allah'ın kitabında bulunmayan her bir şart batıldır"* hadisi bunu gerektirmektedir. Rehnin batıl olması, şartın akdin gereğine aykırı düşmesi dolayısıyladır. Bizzat mürtehine zarar veren şartta olduğu gibidir.

Şayet menfaat takdir edilmiş veya bilinen bir menfaat ise ve satış aktinde rehin şart koşulmuşsa, o durumda menfaatin mürtehine ait olması şartının koşulması sahih olur. Çünkü bu bir tek akitte alışveriş ve icareyi bir arada yapmaktır ve bu da caizdir. Meselâ, bir kimse başkasına: "Ben sana bu atımı, karşılığında evini bana rehin vermen ve bu evin menfaatinin bir yıl süre ile benim olması şartı ile yüz liraya satıyorum" diyecek olsa, bu durumda bu atın bir kısmı satılmış bir kısmı da evin mukabilinde ücretle tutulmuş olur.

Hanbelîlere göre: [1] Hayvanın dışındaki hallerde şöyle demişlerdir: Ev, eşya ve buna benzer gıda masrafı gerektirmeyen şeylerden mürtehinin faydalanabilmesi, râhinin izni olmadıkça hiçbir halde caiz olmaz. Çünkü rehin, rehnin menfaatleri ve rehinde meydana gelen artışları râhinin mülküdür. Onun izni olmaksızın başkası bunları alamaz. Karşılıksız olarak râhin mürtehine faydalanma iznini verecek olursa ve aradaki rehin borcu, bir karz dolayısıyla söz konusu ise caiz olmaz. Çünkü bu, beraberinde bir menfaat getirmiş bir karz olur ve bu da haramdır. İmam Ahmed şöyle der: "Ben evlerin karz olarak verilmesini kerih görüyorum. Bu açık bir ribadır. Mürtehin kendisi ile faydalanmak karşılığında bir karza mukabil ev rehin alırsa, öyle bir faydalanma halis bir riba olur."

Şayet rehin, satılan bir şeyin kıymeti mukabilinde yahut bir evin kirası veya karzın dışındaki bir borç mukabilinde ise ve râhin de rehinden faydalanma iznini mürtehine verecek olursa, bu caiz olur. Yani böyle bir durumda ücrette kolaylık gösterme durumu olmakla birlikte caiz olur.

Eğer istifade etmek bir bedel karşılığı olursa ve bu herhangi bir kolaylık söz konusu olmaksızın ecr-i misil kabul edilirse, karzda da başka işlemlerde de caiz olur; çünkü ondan karz sebebiyle değil, icare sebebiyle istifade etmektedir. Şayet bunu karzda yapacak olursa caiz olmaz; başkalarında caiz olur.

Özet olarak, eğer faydalanma bedel karşılığı olursa, ecr-i misil ile olması hâlinde karzda da başkalarında da caizdir. Bedelsiz olması hâlinde karzda caiz olmaz. Eğer mürtehin rehinin izni olmaksızın rehinden istifade edecek olursa, râhinin borcundan ona göre düşülür.

1- *el-Muğnî,* IV, 385 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 342 vd. Bu konudaki ifadeleri şöyledir: "Mürtehin her hangi bir şekilde rehinden faydalanamaz. Ancak bu rehin binilen veya sütü sağılan bir şey olursa ona verdiği yem kadarı ile sırtına biner ve sütünü sağar."

Hayvana gelince: Mürtehinin binilen ve sütü sağılan bir hayvandan istifade etmesi caizdir. Ancak yaptığı masraf kadar binmesi ve sağması şartıyla yani yaptığı masrafa denk bir şekilde ondan istifade etme yoluna gidecektir, râhin isterse ona izin vermemiş olsun.

Delilleri ise daha önce geçen: *"Binek merhun olduğu takdirde ona yapılan masraf karşılığında ona binilir. Süt veren hayvan merhun olduğu takdirde ona yapılan masraf karşılığında sütü içilir. Binen ve içen kimse onun masrafını karşılar"* şeklindeki hadis-i şeriftir. "Bineğe binilir ve sütü içilir" cümlesi inşa manasına bir haber cümlesidir: *"Anneler çocuklarını emzirirler"* buyruğunda olduğu gibi. Diğer taraftan böyle bir tasarruf bir muavazadır. Muavaza ise, her iki bedel arasında eşitliği gerektirir.

Ancak İbnü'l-Kayyim *İ'lâmu'l-Muvakkiîn* adlı eserinde şöyle demektedir: "Her iki bedel arasında eşitlik zaruri değildir. Çünkü Şari' bunları birbirine eşit kabul etmiştir. Binmek ile süt ve yapılan masraf arasında tam bir muvazene sağlamak, bizim için zor bir iştir."

Cumhur bu hadis-i şerif ile amel etmeyerek şöyle demişlerdir: Bu, usulün ve sahih haberlerin reddettiği bir hadistir. Ayrıca: *"İzni ile olmaksızın hiçbir kimsenin hayvanı sağılmaz."* [1] hadisi ile *"Rehin sahibinden alıkonulmaz, onun geliri de ona aittir, masrafı da ona aittir"* hadis-i şerifi bunun neshedildiğinin delilidir.

Hanbelîlerin cevabı da şudur: Aslolan sünnettir. Böyle bir aslı başka usul nasıl reddedebilir? Nesheden hadis umumidir; bu rehin hadisi ise özeldir. Dolayısıyla özel olan hadis, umumi olan hadisi sınırlayıcı olur.

Ben Hanbelîlerde varit olan bu istisnanın kabul edilmesi görüşünden yanayım; çünkü hadis-i şerif *sahihtir.* Bunun dışındaki hususlarda ise tercih edilen görüş, mezheplerin üzerinde ittifak ettikleri görüşlerdir. Bunun da delili Hanbelîlerin şu sözleridir:

"Eğer rehinde mürtehinin kendisinden faydalanması şartı koşulmuşsa böyle bir şart fasittir. Çünkü böyle bir şart rehnin gereklerine aykırıdır. Satış karşılığı rehinde ise caizdir, çünkü böyle bir işlem Şafiîlerin de söylediği gibi hem bir satış, hem bir icaredir."

6- Rehinde tasarruf:

Rehinde tasarruf ya râhin tarafından veya mürtehin tarafından söz konusudur.

Râhinin Rehinde Tasarrufu:

a) Rahni teslimden önce: Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlere göre mürtehinin izni

1- Buharî, İbni Ömer'den "Mezalim" ile ilgili bablarda rivayet etmiştir. *Sübülü's-Selâm,* III, 151.

olmaksızın ve rehnin kabzedilmesinden önce râhinin tasarrufu geçerlidir. Çünkü henüz mürtehinin hakkı rehne taalluk etmiş değildir.

Rehnin icap ve kabul ile lâzım (bağlayıcı) olduğunu ve râhinin rehni mürtehine teslim etmeye mecbur edileceğini söyleyen Malikîler ise [1] -sözü geçen durumlara rağmen- râhinin kabzdan önce rehinde tasarruf etmesini caiz kabul ederler. Eğer râhin, mebi aktinde veya karz aktinde şart koşulmuş rehni satacak ve mürtehin olan kişi bu rehni râhin satıncaya kadar istemekte kusurlu hareket edecek olursa, bu satış geçerli olur ve mürtehinin alacağı, bu kusur sebebiyle rehinsiz bir alacak olur. Şayet bu konuda ihmalkâr davranmayıp rehni kabzetmeyi istemekte elini çabuk tutarsa, bu konuda üç görüş vardır:

Birinci görüş İbnü'l-Kassar'ın görüşüdür. Mürtehin eğer mebî (satılan) mevcut ise satışı reddedebilir ve satış geçerli olmaz. Şayet satıcının elinden çıkmışsa onun kıymeti rehnin yerine rehin olur ve satış da geçerli olur.

İkinci görüş İbni Zeyd'in görüşü olup o da satışı geçerli kabul eder ve onun yerine kıymetini rehin olarak değerlendirir.

Üçüncü görüş İbni Rüşd'ün görüşüdür. Buna göre satış geçerlidir; alacak karşılığında bir rehin olmaz, satılanın kıymeti de alacak karşılığında rehin olmaz.

Şayet rehin, satış akti sonrası herhangi bir şart koşmaksızın verilmiş ise, râhin de mürtehin kabzetmeden önce bunu satacak olursa, bu satış geçerlidir. Acaba onun kıymeti rehin olur mu olmaz mı? Bu konuda görüş ayrılığı vardır ve bu görüş ayrılığı kabzdan önce hibedeki görüş ayrılığı gibidir.

b) Teslimden Sonra: Râhin merhunu teslim edecek olursa mal yine kendi mülkiyetinde kalır. Ancak mürtehinin alacağı ona taalluk ettiğinden, bu mürtehinin alacağı karşılığında bir belge olmak üzere hapsetme (alıkoyma) hakkını elde edebilir. Bu Hanefîlere göredir ve bu durumda artık merhun Hanefîlerin dışında kalan cumhura göre, alacak karşılığında bir belge olmak üzere satılmak için belirlenmiş olur.

Fakat her iki görüşe göre râhinin mürtehinin izni olmaksızın rehinde tasarruf etmesi caiz değildir. Çünkü mürtehinin hakkı rehine taalluk etmektedir. Dolayısıyla o rehni alıkoyması veya satış için belirlenmiş olması şeklindeki hakkından vazgeçebilir. Bu konuda mezhepler arasındaki görüş ayrılıklarına dair açıklamalar aşağıda verilmiştir:

Hanefîlere göre: [2] Râhin rehni mürtehinin izni olmaksızın satacak olursa bu satış mevkuf olur. Çünkü başkasının hakkı ona taalluk etmektedir. Şayet mürtehin

---

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr ve Desûkî Haşiyesi,* III, 248.

2- *el-Bedâyi,* VI, 146; *Tekmiletü'l-Fethi'l-Kadîr,* VIII, 224; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 84 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 361; *el-Lübâb,* II, 59.

bunu geçerli kabul eder yahut da rahin ona olan borcunu öder ya da mürtehin bu borçtan onu ibra ederse, satış caiz ve geçerli olur. Rahinin borcu ödememesi durumunda ise merhunun bedeli, Zahirü'r-rivaye'ye göre borç yerine rehin olur. Çünkü bedel mübdelin hükmünü alır. Eğer mürtehin bu satışı geçerli kabul etmezse, bu konudaki iki rivayetten esah olanına göre rehin akti fesholmaz; mevkuf bir satış olarak kalır. Müşteri onun merhun olduğunu bilmeme hâlinde muhayyerdir, dilerse rehnin çözülmesine kadar sabreder, dilerse durumu satışın feshi için hakime götürür.

Zahirü'r-rivaye'nin açıklaması şöyledir: Mürtehinin hakkı merhuna mal olmak bakımından taalluk etmektedir. Eğer bu satılacak ve onun kıymeti bu merhun malın bedeli olacaksa, mürtehinin bunda bir zararı yoktur. Çünkü böyle bir satış işlemiyle onun hakkı ortadan kalkmaz.

Mesela, râhinin ikinci defa satması halinde olduğu gibi, râhin mürtehinin müsaadesi olmadan önce tekrar satacak olursa, artık bu ikinci satış da mürtehinin geçerli kabul etmesine bağlı (mevkuf) olur. Mürtehin bu iki satıştan hangisini geçerli kabul ederse o lâzım, öteki de batıl olur.

Râhinin rehni satışından sonra ortaya çıkan ikinci tasarruf, eğer bir hibe veya kiraya verme yahut bir rehin olursa, mürtehin de bu tasarrufu geçerli kabul ederse, birinci satış geçerli olur; ikinci tasarruflar geçerli olmaz. Mürtehinin bu tasarrufları geçerli kabul etmesi, alıkoyma hakkını iskat etmesi demektir ve bu suretle de satışın geçerli olmasının engeli ortadan kalkacağından, bu satış geçerli olur ve mürtehinin hakkı satılanın kıymetine geçmek suretiyle mürtehinin maslahatı da korunmuş ve gerçekleşmiş olur. Öbür tasarrufların geçerli olmasında ise, mürtehinin her hangi bir menfaati yoktur. Çünkü bu tasarruflarda merhunun yerini tutacak ve hakkının ona taalluk edeceği bir bedel söz konusu değildir.

Şayet râhin önce kiraya verme, hibe veya rehin gibi bir tasarrufta bulunursa onun bu tasarrufu da mürtehinin geçerli kabul etmesine bağlı (mevkuf) olur.

Ariyet verme hâlinde mürtehin, bu tasarrufu reddedecek olursa rahinin bu tasarrufu batıl olur; geçerli kabul ederse geçerli olur. Diğer taraftan iarenin geçerli kabul edilmesiyle de rehin akti batıl olmaz. Çünkü iare lâzım olmayan bir akittir. Râhin ve mürtehinin her birisi bunun geçerli olmasından sonra da ariyeti geri isteyebilir ve tekrar eskisi gibi onu rehin olarak kabul edebilir.

Kiraya verme hâline gelince: Bunun geçerli kabul edilmesi, rehin akdini iptal eder. Çünkü icare lâzım (bağlayıcı) bir akittir.

Şayet râhin, mürtehin ile bu akitlerden her hangi birisini yapmak suretiyle tasarrufta bulunacak olursa, bunların hükmü mürtehinin bu gibi akitlerin başkası ile olması hâlinde geçerli kabul etmesi gibidir. Şayet müşteri veya kendisine hibe edilen veya tasadduk edilen (yani böylece mülk edinen) kendisi olursa bu takdirde re-

hin batıl olur.

Şayet müsteir (ödünç alan) mürtehinin kendisi olursa, rehin batıl olmaz. Ancak rehnedilen ayndan faydalandığı zaman içerisinde onun rehin üzerindeki tazminatı kalkar. Ondan faydalandığı esnada telef olacak olursa, emanetlerin telef olması gibi telef olur. Faydalanmadan önce ve faydalanması bittikten sonra telef olacak olursa rehnin telefi söz konusudur.

Şayet mürtehin kendisi kiracı durumunda olur ve icare için kabzı yenilerse (ki bu şeklî bir iştir) rehin batıl icare geçerli olur. Çünkü rehnin kabzı mertebe itibarıyla icare kabzından aşağıdadır. Dolayısıyla onun yerini tutamaz. Zira rehin için kabz, faydalanmayı caiz kılan bir sonuç vermez. Ancak icare için kabz, böyle bir sonuç verdiğinden daha kuvvetlidir. O bakımdan (rehin kabzı) onun yerini tutmaz. İcare maksadıyla kabzı yenileyecek olursa ve kabzedilen şey telef olacak olursa bu, emanetlerin telefi gibi telef olur; ancak, bir tecavüz ve kusur hâlinde tazminat öder. Mürtehinin rehni, icare müddetinin bitmesinden sonra malikinden alıkoyması da bir tecavüzdür.

Malikilere göre: [1] Râhin mürtehinin izni olmaksızın satış, icare, hibe, sadaka, iare vb. yoluyla rehinde tasarruf edecek olursa, bu tasarruf batıl olur, rehin akdide mücerret olarak bunlara izin verilmesi suretiyle, mutemet olan görüşe göre, batıl olur. (Yani mürtehin, râhinin bu tasarrufuna izin verirse batıl olur) Velev ki, bu izinden sonra râhin tasarruf etmemiş olsun. Çünkü buna izin vermek, rehinden feragat etmek şeklinde değerlendirilir.

Şafiîlere göre: [2] Rehni kabzettiren râhin mülkiyeti ortadan kaldırıcı hibe, satış ve vakıf gibi tasarrufları mürtehinin izni olmadan mürtehinden başkası ile yapamaz. Çünkü böyle bir tasarruf sahih olacak olursa rehnin vesika özelliği ortadan kalkmış olur. Aynı şekilde merhunun birinci mürtehinden başkasına rehnedilmesi de sahih değildir. Eğer borcun vadesi gelmişse merhunun icareye verilmesi de söz konusu olmaz. İcare müddetinin dolmasından önce borcun vadesi gelecekse yine bu söz konusu değildir ve bu durumda tasarruf batıl kabul edilir.

Şayet bu tasarruf mürtehin ile birlikte yapılırsa veya onun izniyle bu tasarrufta bulunulursa, o vakit böyle bir tasarruf sahih, rehin batıl olur. İcare akti bundan müstesnadır; rehin devam eder. Rahin olan kimsenin mürtehine zarar vermeden yapacağı her türlü tasarrufu sahihtir. Daha önceden de açıkladığımız üzere evde oturmak, bineğe binmek gibi. Aynı şekilde râhinin borcunun vadesinden sonrasına uzanmayan icare ve iare gibi akitleri de sahih olur. Çünkü böyle bir tasarruf borcun vadesinin gelmesi ve ödenmemesi hâlinde rehnin satılması hususundaki mürtehinin hakkını her hangi bir şekilde etkilemez.

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 241 vd, 248; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 274; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 324.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 129 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 309, 311.

Hanbelîler de Şafiîler gibi şöyle der: [1] Mürtehinin izni olmaksızın râhin, rehinde her hangi bir tasarrufta bulunacak olursa bu tasarruf batıl olur. Çünkü böyle bir tasarruf, mürtehinin vesika üzerindeki hakkını iptal eder. Bu tasarrufun satış, icare, hibe, vakıf, rehin ve herhangi başka bir tasarruf olması arasında fark yoktur. Şayet mürtehin böyle bir tasarrufa izin verecek olursa, bu tasarruf sahih, rehin de batıl olur. İcare bundan müstesnadır. Esah olan görüşe göre o durumda rehin devam eder. Nitekim tasarruf mürtehinin izin verdiği bir iare tasarrufu olursa rehin yine olduğu gibi devam eder.

Özetle râhinin mürtehinin izni olmaksızın rehinde tasarrufta bulunması Hanefîlere göre mevkuftur, diğer imamlara göre ise batıldır.

Mürtehinin Rehinde Tasarrufu:

Yapılan açıklamalardan râhinin rehnin *ayn*'ındaki hakkının devam ettiği anlaşılmaktadır. Rehin, râhinin mülküdür. Mürtehinin rehindeki hakkı ise, mal olmak itibarıyla rehinde sabittir. O borcunun ödenmesini sağlamak maksadıyla rehni alıkoyma hakkına sahiptir.

Buna binaen mürtehinin râhinin izni olmaksızın rehinde tasarrufu caiz olmaz. Nitekim râhinin tasarrufunda da durum böyledir. Çünkü rehinde tasarruf edecek olursa, malik olmadığı bir şeyde tasarruf etmiş olacaktır. Hanefîlerle Malikîlere göre onun tasarrufu *fuzulînin* tasarrufunda olduğu gibi mevkuf olur. Şafiîlerle Hanbelîlere göre ise batıldır. Mezheplerin bu konudaki görüşlerine dair etraflı açıklamalar aşağıda gösterilmiştir:

Hanefîlere göre: [2] Râhinin izni olmaksızın mürtehinin rehinde tasarruf yetkisi yoktur. Çünkü bu, malik olmadığı bir şeyde tasarruftur. Çünkü onun hakkı sadece merhunun hapsedilmesinde (alıkonulmasında)dır. Râhinin izni olmaksızın, satış, hibe, sadaka, iare gibi bir tasarrufta bulunacak olursa, onun bu tasarrufu râhinin geçerli kabul etmesine bağlı (mevkuf)'dır. Şayet bunu geçerli kabul ederse ne âlâ, değilse batıl olur. Ancak mürtehin izinsiz olarak merhunu icareye verdiği takdirde, ücreti kendinindir. Şayet bu icare izin ile olursa, bu ücret rehinin maliki olan râhine ait olur ve rehin batıl olur. [3]

Şayet merhun kendisinde tasarrufta bulunması için verilen kimsenin yanında telef olacak olursa bunun değişik durumları söz konusudur:

a) Mürtehin merhunu satar, hibe eder, tasadduk eder veya ariyet olarak verir ve merhun kendisine bu şekilde tasarruf etmesi için verilen kişinin yanında telef olursa, râhin serbesttir. Dilerse haddini aştığından dolayı mürtehine tazminat ödetir ve tazminat onda karar kılar, başka kimseye de rücu edemez. Tazminatı ödemek su-

1- *el-Muğnî,* IV, 362; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 321 vd.
2- *el-Bedâyi,* VI, 146; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 242 vd.; *Reddü'l-Muhtâr,* V, 139.
3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'L-Muhtâr,* V, 342, 372.

retiyle de onun artık kendi mülkünde tasarruf ettiği ortaya çıkmış olur. Rahin, dilerse tasarrufta bulunmak üzere kendisine verilen kişiden tazminat alır ve artık rahin veya o kişiden her hangi biri de mürtehine rücu etmez. Çünkü herbirisi kendisi namına hareket etmektedir. Müşteri yahut kendisine hibe veya sadaka verilen kişi kendi namına kabzetmiştir ve kendisinin tazminatı altındadır. İster o bununla tecavüz ettiğini bilsin, ister bilmesin, değişen bir şey olmaz. Çünkü bu kişi son halde arkasından kendisinin tazminatının söz konusu olduğu bir tasarrufa kalkışmıştır; tıpkı mürtehinin malı olması hâlinde olduğu gibi. İare almış olan kimse ise, bedava olarak faydalanmak üzere kendi adına kabzetmiştir.

b) Mürtehin merhunu icareye verir, vedia bırakır veya rehneder de sonra telef olursa, râhin serbesttir: Ya mürtehinden tazminat alır ve başka kimseye de rücu etmez; böylelikle mürtehinin kendisine ait mülkünde tasarruf etmiş olduğu ortaya çıkmış olur. Yahut da rahin tasarrufta bulunmak üzere kendisine verilenden tazminat alır. Ancak her birisi de bu durumda mürtehine rücu eder. Çünkü bu durumda o kendi adına iş yapmış birisi değildir. O, aynın muhafazası konusunda kiraya veren, vedîa bırakan ve rahin olan kişiler namına çalışmaktadır. Onların her birisi mürtehinin âmili olduğu takdirde, tazminat için ona rücu ederler.

Eğer telef, tasarruf için kendisine verilenin haddi aşması sebebiyle olmuşsa, haddini aştığı için tazminatı ödeyecek olan da kendisi olur ve râhin mürtehinden tazminat alacak olursa tazminat tasarrufta bulunanda karar kılar.

Dikkat edilecek olursa râhin, mürtehinin veya tasarruf için kendisine verilenin tazminat ödemesini seçecek olursa, öbürüne rücu etmez. Çünkü onlardan her hangi birisine tazminat ödetmeyi seçmesi, rehni ona temlik etmesi gibidir. Onu bir kişiye mülk olarak verdiği takdirde ise, aynı şeyi başkasına mülk olarak veremez. Diğer taraftan onlardan birisine tazminat ödetmeyi tercih etmesi, hakkına tecavüz edenin o kişi olduğunu öbürü olmadığını ikrar etmesi demektir. Artık bundan sonra ikinci kişiye tazminat ödettirmesi kabul edilmez.

Malikîler de Hanefîler gibi demişlerdir: [1] Râhinin izni olmaksızın mürtehinin rehinde tasarrufu caiz olmaz. Çünkü bu, mülkü olmayan bir şeyde tasarruftur. Şayet satış, hibe, icare veya iare yoluyla onun izni olmaksızın tasarrufta bulunacak olursa bu, onlara göre *fuzulinin* tasarrufunda olduğu gibi râhinin geçerli kabul etmesine bağlı (mevkuf) olur.

Eğer rahinin izni ile tasarrufta bulunursa, bu tasarruf geçerli olur ve bu satış hibe veya borcun vadesinden sonra devam edecek bir süre için icare olursa, rehin batıl olur. Ancak bu icarenin süresi borcun vadesinden önce bitiyorsa rehin batıl olmaz ve müddetinin sona ermesinden sonra mürtehin rehnin geri verilmesini ister. Aynı şekilde borcun vadesinden sonrasına kadar devam eden ve vadesi geldiği takdirde merhunun mürtehine iade edilmesini şart koşmaz veya onun iade edilmesini hük-

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 242.

meden bir örf bulunmuyor ise, borç vadesinden sonrasına kadar devam edecek bir süre için rehnin ariyet olarak verilmesi ile de rehin batıl olur. Eğer vadenin gelmesinden önce iare süresi son bulur ve vadesinin gelmesi esnasında geri verilmesini şart koşar veya reddedilmesine hükmeden bir örf bulunursa rehin batıl olmaz.

Hanbelîlerle Şafiîlere göre: [1] Mürtehinin râhinin izni olmaksızın rehinde tasarruf hakkı yoktur. Çünkü rehin mürtehinin mülkü değildir. Tasarrufa kalkışacak olursa, onun bu tasarrufu batıl olur, ancak rehin batıl olmaz. Râhinin izni ile tasarrufta bulunacak olursa bu tasarrufu geçerli olur ve eğer tasarruf bir temlik ise rehin batıl olur. Şayet bir icare veya iare ise, rehin batıl olmaz. Bu tasarrufun râhin veya başkasına yapılması arasında bir fark yoktur. Ancak Hanbelîlere göre merhunda tasarrufta bulunmak suretiyle rehnin bağlayıcılığı ortadan kalkar ve sanki kabzedilmemiş gibi olur. Şayet merhun tekrar mürtehine geri dönecek olursa eskisi gibi rehin olur. Rehnin kabzının devamını şart koşmayan Şafiîlere göre ise rehin mürtehinden başkasının elinde olsa dahi, rehin kalmaya devam eder.

7- Rehnin tazminatı:

Burada üç husus ele alacağız: Mürtehinin elde bulundurmasının niteliği; Hanefîlere ve cumhura göre mürtehinin rehnin istihlâki (telef edilmesi).

a) Mürtehinin Elde Bulundurması Niteliği:

Onun elde bulundurması emanet yoluyla midir, tazminat üzere midir? Bu konuda iki görüş vardır; birincisi Hanefîlerin ikincisi de cumhurun görüşüdür.

Hanefîlere göre: [2] Mürtehinin elde bulundurması rehnedilen malın aynı itibarıyla bir emanet, merhunun mal olması itibarıyla da istifa (tahsil etme) veya tazminat yolu iledir. Bu, rehnin maliyetinin borca tekabül eden kısmında söz konusudur. Yani rehnin maliyetinden borca eşit olan miktarı mürtehinin elde bulundurması tazminat veya istifa yoluyla elde bulundurmaktır. Merhunun telef olması veya bir başka sebep ile sahibine geri verilmesi mümkün olmadığı takdirde, mürtehin o miktardan alacağını almış olur ve bu, onun tazminatından hesap edilir. Rehnin kıymetinin borçtan fazla olan kısmı ise, emanettir. Telef olması halinde emanetin telef olması gibidir. Yani bir tecavüz veya bir kusur ile olursa tazminatı ödenir.

Delilleri: *"Rehin kendisi içerisindeki iledir"* [3] yani ondaki rehin karşılığı telef olur, hadisi ile şu rivayettir: *"Adamın birisine bir at rehin bırakıldı ve onun yanında iken telef oldu. Resulullah (a.s.) mürtehine: "Senin hakkın gitti"* buyur-

1- *el-Muğnî,* VI, 331; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 135.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 342; *el-Lübâb,* II, 55; *Tekmiletü'l-Fethi'l-Kadîr,* 198; *Tebyînü'l-Hakâik* VI, 63; *el-Bedâyi,* VI, 154.

3- Bu hadisi Darekutnî Enes'ten *müsned* olarak Ebu Dâvud da *mürsel* olarak rivayet etmiştir. Birincisi *mürsel* bir hadis olmakla birlikte, ikincisi *sahih-mürsel* bir hadistir. *Nasbu'r-Raye,* IV, 321.

du.(1)

Hanefîler ilk hadis gereğince amel etmişlerdir: *"Eğer rehin muammalaştırılırsa o kendisinde olan iledir."* Bunu şöyle yorumlamışlardır: (2) Telef oldukta sonra her birisi, "Ben onun kıymetinin ne kadar olduğunu bilmiyorum" demek suretiyle kıymetinde şüpheye düşülecek olursa, kendisine karşılık olarak verildiği borç kadar tazminatı ödenir.

Hanefîlerin dışında kalan cumhura göre: (3) Mürtehin rehni elinde emanet olarak bulundurur. Bu bakımdan ancak her hangi bir tecavüz veya bir kusur sebebiyle tazminat öder. Böyle bir durum olmadıkça rehnin helâki ile borçtan her hangi bir şey düşmez. Şu kadar var ki, Malikîler, mürtehin rehni emanet yoluyla elinde bulundurmaktadır, demekle birlikte, töhmetin varlığı hâlinde mürtehinin tazminat ödemesini güzel görmüşlerdir. Bu töhmet ise, rehnin süs eşyası, elbise, kitap, silah veyüzmesi sırasındaki gemi gibi gizlenebilen saklanabilen şeylerden olması hâlinde söz konusudur. Eğer merhun emîn (adl) elinde değil de mürtehinin elinde ise ve iki şahit veya yemin ile birlikte bir şahit ile bunların yandığına, çalındığına veya telef olduğuna ve bunun da mürtehin tarafından her hangi bir tecavüz veya ihmal söz konusu olmaksızın gerçekleştiğine dair delil ortaya konulmadıkça, istihsanen mürtehinin tazminat ödemesini öngörmüşlerdir.

Şayet merhun, akar ve hayvan gibi saklanamayan türden olursa veya rehin emin birisinin elinde bulunur ya da mürtehin tarafından her hangi bir tecavüz veya ihmal olmaksızın telef olduğuna dair beyyine ortaya konabiliyorsa telef olması hâlinde mürtehin tazminat ödemez.

Mürtehinin rehni emanet yoluyla elinde bulundurduğuna dair cumhurun delili, Ebu Hureyre'nin rivayet ettiği ve daha önce gördüğümüz şu hadis-i şeriftir: *"Rehin onu rehin bırakan kişiden alıkonulamaz. Onun geliri de ona aittir, masrafı da."* Burada Peygamber (a.s.) rehnin *gurmını* (masrafını) -ki telef olması da bunlar arasındadır- râhine ait kabul etmiştir. Bu durumda telef olduğunda onun için bir emanet olmuş olur. Çünkü râhin mürtehine olan borcunu ödemekle yükümlüdür. Ancak garanti altına alınmış hâlde telef olacak olursa, o takdirde onun *gurmı* (masraf ve sorumluluğu) râhine değil de mürtehine aittir; çünkü onun hakkı sakıt olmuştur.

Diğer taraftan rehin borç karşılığında bir belge durumundadır. Telef olması ile borcun sakıt olması caiz olmaz. Zira böyle bir sakıt olma, rehnin belge olması ile çelişmektedir.

1- Ebu Dâvud *Merâsîl*'inde, İbni Ebu Şeybe *Musanne*f'inde rivayet etmiştir; *mürsel* ve *zayıf* bir hadistir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 321.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 348.

3- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* I, 253-255; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 273; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 324; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 136; *el-Mühezzeb,* I, 316; *A'lâmu'l-Muvakki*'in, IV, 35; *el-Muğnî,* IV, 396 *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 328.

Diğer taraftan merhunun mürtehinin elinde bulunması, râhinin rızası ile gerçekleşmiştir. Dolayısıyla bu rıza sebebiyle mürtehin, mudiye göre vedî gibi bir emin mesabesindedir.

b) Mürtehinin Tazminat Keyfiyeti:

Hanefîlere göre: Merhun rehnin kendi kıymetinden ve borcun kıymetinden hangisi daha az ise onun mukabilinde tazminat altındadır. Eğer merhunun kıymeti borçtan daha az olursa, bu kıymet karşılığında tazminat altında olup o miktarda borçtan düşer ve mürtehin fazla miktarı râhinden ister. Eğer borç ile merhunun kıymeti eşit olursa mürtehin hükmen borcunu almış olur. Çünkü rehnin kıymeti onun kıymetine taalluk etmiştir. Şayet rehnin kıymeti borcun kıymetinden fazla olursa, fazla olan miktar mürtehinin elinde emanet olduğundan dolayı, ona karşı her hangi bir tecavüzü veya onu korumakta bir kusuru olmadığı sürece tazminatını ödemez.[1]

Tazminat Ödemenin Şartları: Hanefîler sözü geçen şekilde rehnin tazminatı için üç şart öngörmüşlerdir. [2]

1- Merhunun telef olması hâlinde borcun mevcudiyeti veya rehnin kabzedilmesi hâlinde borcun vadedilmiş olması. Şayet rehnin helâk oluşundan önce ibra, ödeme veya buna benzer bir yolla borç düşer ve bundan sonra da rehin telef olursa bu telef her hangi bir şey karşılığında tazminat olmaksızın, râhinin aleyhine telef olur ve bu takdirde mürtehinin her hangi bir şey ödemesi gerekmez.

2- Kabzın devamı yani rehnin mürtehinin veya adlin elinde telef olması ve bu telefin rehin hükmü gereğince kabzı hâlinde olması. Eğer merhun râhinin veya gâsıbının elinde iken telef olursa bu bir rehin helâki (telefi) değildir. Ancak kendisinin elinde olduğu takdirde râhin tarafından tazminatı ödenmek üzere telef olur; gâsıbın elinde telef olması hâlinde ise gâsıp tarafından tazminatı ödenmek üzere telef olmuş olur.

Şayet râhin, rehinden faydalanması için mürtehine izin verir ve bu izne binaen ondan faydalanırken telef olursa emanetin telef olması gibi telef olur ve onun telefiyle borçtan her hangi bir şey sakıt olmaz. Çünkü bu telef rehin olmak üzere kabzedildiği esnada olmuş değildir; aksine ariyet (ödünç) olarak kabzedilmişken olmuştur.

Ondan faydalanmaya başlamadan veya faydalanması bittikten sonra telef olması halinde ise rehin olarak telef olmuş olur. Çünkü rehin olarak kabzedildiği sırada telef olmuştur.

1- *el-Lübâb,* II, 55; *el-Bedâyi,* VI, 160; "Mürtehin'in elde bulundurma niteliği" bahsinde belirtilen diğer Hanefî kaynakları.

2- *el-Bedâyi,* VI, 155-160; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 240.

gi bir şey sakıt olmaz. Çünkü merhunun rahine geri verilmesiyle rehni kabzetme durumu kalkmıştır.

3- Merhunun kendisinin rehin maksadı güdülerek verilmesi. Yani telef olanın rehnin fazlalığı veya artışından olmaması. Bu gibi şeyler ise rehinden mütevellit ve ondan ayrı olan yavru, süt, meyve, yün gibi merhuna tabi olarak rehnin kapsamına giren şeylerdir.

Şayet artış veya nema telef olursa bu, emanetin telef olması gibidir. Çünkü bu fazlalık, ancak asla tabi olarak rehnin kapsamına girmektedir. Dolayısıyla mürtehinin bu fazlalığı elinde bulundurması, onun aslını elinde bulundurmasına tabidir.

Merhunun fiatının eksilmesi: Rehin tazminatı konusunda İmam Züfer'e hilâfen Hanefîlerin cumhuruna göre merhunun fiyatının eksilmesinin bir etkisi yoktur. Çünkü rehnin telef olması ile borçtan sakıt olan miktar tesbit edilirken telef olduğu değil, kabz edildiği vakitteki kıymeti nazar-ı itibara alınır. Çünkü rehnin kabzı istifa yoluyla bir kabzdır. O bakımdan kabz esnasındaki kıymetine riayet edilir. Eğer fiyatların değişmesi sebebiyle kıymetinde bir eksilme olursa bu değişme sebebiyle borçtan her hangi bir şey düşmez. (1)

Bir kısmının telef olması veya kusurlu hâle gelmesi sebebiyle rehnin kıymetinde eksilme: Şayet rehin birden çok olur ve bunun bir kısmı telef olursa ya da kusursuz olup da sonradan bir kusuru meydana gelirse ve bunlar mürtehinin yanında gerçekleşirse, onun bir kısmının telef olması veya kusurlu hâle gelmesi sebebiyle rehnin kıymetinde meydana gelen eksiklik miktarınca borçtan düşülür ve rehnin geri kalan kısmı da borcun geri kalan kısmı karşılığında rehin olur.

Ancak rehnedilen şey, ölçülen veya tartılan türden olmak hasebiyle ribevî mallardan olur ve kendi türünden bir şey karşılığında rehin verilir -altın bir bileziğin altın liralar karşılığında, külçe gümüşün gümüşten süs eşyası karşılığında rehin bırakılması halinde olduğu gibi- ve sonra telef olursa, Ebu Hanife'ye göre borçtan onun ağırlığı itibarıyla misli kadar telef olmuş olur. (2) İsterse kalite itibarıyla rehin ile borç arasında bir farklılık olsun, yine hüküm böyledir. Çünkü kaliteye itibar edilmez. Yani ribevî mallarda aynı cinslerin karşılıklı olması hâlinde kaliteye bakılmaz. (3) Şayet farklı cins karşılığı rehin verilmiş -altın karşılığı buğday verilmesi gibi- ve telef olmuşsa diğer mallarda olduğu gibi, kendi kıymeti kadar telef olur.

Rehnin tazminat keyfiyeti konusunda Hanefîlerin dışında kalan Cumhurun görüşü:

1- *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 91.

2- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 212; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 74; *el-Lübâb,* II, 57.

3- Ebu Hanîfe'nin iki öğrencisi Ebu Yusuf ile Muhammed şöyle der: "Mürtehin merhunun kıymetini, onun cinsinden ayrı bir maldan tazminat olarak öder ve ödediği bu tazminat, mürtehinin yanında rehin hususunda aslının yerini tutar."

Rehnin tazminat keyfiyeti konusunda Hanefîlerin dışında kalan Cumhurun görüşü:

Herhangi bir tecavüz ve kusur olmaksızın rehin mürtehinin elinde iken telef olursa, fakihlerin cumhuruna göre [1] rehin tazmin edilmez, ancak tecavüz veya kusur sebebiyle tazminat söz konusudur. Merhunun telef olması dolayısıyla borçtan her hangi bir şey düşmez. Şu kadar var ki, önceden de açıklandığı üzere Malikîler eğer rehin süs eşyası, silah, elbise, kitap, suda olduğu sırada gemi gibi kaybedilebilen türden olursa mürtehine tazminat ödetirler. Ancak her hangi bir tecavüz ve kusur olmaksızın telef olduğuna dair bir delilin de bulunmaması gerekir. İşte o takdirde kıymeti ne olursa olsun rehnin tazminatı ödenir ve bu tazminat rehnin sahibine teslim edileceği vakte kadar devam eder. Borcun ödenmesi veya sakıt olması bunu ortadan kaldırmaz. Eğer borcun kıymeti rehne eşit olursa, Malikîlere göre mürtehinin alacağı da sakıt olur. Merhunun kıymetinin hangi vakte göre takdir edileceği konusunda da iki görüşleri vardır. Birisine göre bunların kayboldukları günkü kıymetlerine itibar edilir, diğer görüşe göre rehin bırakıldıkları günkü kıymetlerine itibare edilir. [2]

c) Rehnin Tüketilmesi veTelef Edilmesinin Hükmü:

Rehnin telef edilmesi halinde tazminatının vacipliği konusunda mezheplerin ittifakı vardır. Ayrıca tazminat kıymetinin rehnin yerini tutacağı konusunda da ittifak etmişlerdir. Şu kadar var ki, kendisinden tazminat istenecek hasmın tayini ve bu kıymetin hangi zamana göre takdir edileceği gibi cüz'î hususlarda görüş ayrılıkları vardır.

Hanefîlere göre: [3] Râhin rehni telef eder veya tüketirse, malın kıyemî olması hâlinde kıymetinin tazminatını; misli olması hâlinde ise, mislini, telef ettiği veya tükettiği günkü rayicinden öder. Bu durumda mürtehin râhinden tazminat ödemesini isteyen hasım (davacı) olur. Çünkü merhunu yanında alıkoymak hakkının sahibi odur ve bu takdirde mürtehin ödenen tazminatı (kıymeti veya misli) rehin olarak eline alır. Çünkü bu da asıl merhunun yerini tutar. Bunu borcun vadesi geleceği zamana kadar devam ettirir. Şayet borcun vadesi gelmişse mürtehin borcunun tamamını bu kıymetten alır.

1- *el-Muğnî*, IV, 396; *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 137; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 324, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III 344.

2- *Haşiyetü'd-Desûkî*, III, 253. Desukî şöyle der: "Kaybolduğu yani gizlendiği günkü kıymeti mi, yoksa rehin bırakıldığı günkü kıymeti mi muteberdir? Bu konuda iki görüş vardır. Bazıları bu iki görüşün arasını bulmak maksadıyla; birincisi, eğer telef olduğunu iddia ettiği gün yanında olduğu ortaya çıkarsa, kaybolduğu günkü kıymetinin tazminatını öder; ikincisi ise eğer rehnettiği günden telef olduğunu ileri sürdüğü güne kadar onda bulunduğu ortaya çıkmayacak olursa rehnedildiği günkü kıymetinin tazminatını öder, demektedir."

3- *el-Bedâyi*, VI, 163; *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 87; *el-Lübâb*, II, 60.

veya telef ederse, kıyemî olması hâlinde kıymetini, mislî olması hâlinde de mislini tazmin eder. Muteber olan, merhunun kabzedildiği günkü kıymetidir. Çünkü merhun, kabzettiği günden itibaren onun tazminatı altındadır.

Şayet yabancı bir kimse onu telef edecek olursa, telef ettiği günkü kıymetinin tazminatını öder; râhinin tecavüzü hâlinde olduğu gibi. Çünkü böyle bir tazminat, tecavüz sebebiyle söz konusu olmuştur.

İster mürtehin, ister yabancı, isterse de râhin telef etmiş olsun, ödenen tazminat (misli veya kıymeti), aslının yerine rehin olur. Çünkü bu tazminat onun bedelidir. Dolayısıyla mürtehinin hakkı aslına nasıl taalluk ediyorsa, onun bedeline de öylece taalluk eder. Yabancıdan veya râhinden tazminat talep etme konusunda hasım (davacı), mürtehinin kendisi olur. Merhunun aslı kimin elinde bulunuyorsa -ister mürtehin ister *adl* kimse olsun- bedeli de ona verilir.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [1] Rehne tecavüz eden kişi onun kıymetini veya mislini, tecavüz ettiği günkü değerinden tazmin eder ve ödediği bu bedel, telef olunan merhun yerine rehin olur. İsterse bu tazminatı kabzetmemiş olsun. Ta ki, mürtehin, tecavüzde bulunan kimsenin terekesi üzerinde, rehnin bedeli miktarınca, diğer borçlulardan ayrı bir imtiyaz ve üstünlük sahibi olarak devam edebilsin.

Rehnin bedelini bilahere istemekte hasım (davacı) kişi, râhindir. Çünkü asıl malik odur; ancak rehnin aslı mürtehin ve adlden hangisinin elinde ise rehni ondan kabzeder.

Malikîlere göre: [2] Râhin veya yabancı tarafından rehne yapılan tecavüz sebebiyle -râhin öncekinin misli bir rehin getirmediği için tazminatı ödeneceğinden- rehnin kıymeti, bu tecavüzün yapıldığı günkü kıymet ile takdir edilir.

Eğer rehne tecavüz eden mürtehinin kendisi ise, ziyan ettiği günkü bedelini öder. Rehin olarak aldığı günkü kıymetini tazminat olarak ödeyeceği de söylenilmiştir.

8- Rehnin satılması:

Merhunun satılmasına dair açıklamalar beş hususun ele alınmasını gerektirmektedir: İhtiyarî veya mecburî satış velâyeti, bozulması çabuk olan şeylerin satışı, mürtehinin imtiyaz hakkı, borcun ödenmemesi hâlinde mürtehinin merhuna malik olmasının şart koşulması ve satıştan sonra rehinde birinin hak sahibi olduğunun ortaya çıkması.

a) Merhunun Satış Velayeti:

- *İhtiyarî Satış:* Fakihler mürtehine teslim edilmesinden sonra merhunun râhinin mülkü olmaya devam ettiği üzerinde ittifak etmişlerdir. Nitekim sünnet de bunun delilidir: *"Rehin sahibinden alıkonulamaz."* Dolayısıyla merhunun satılma-

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 136, 138; *el-Muğnî,* IV, 396; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 328.
2- *eş-Şerhu'l-Kebîr ve Haşiyetü'd-Desûkî,* III, 244, 253.

delilidir: *"Rehin sahibinden alıkonulamaz."* Dolayısıyla merhunun satılmasındaki hak (velâyet), sadece râhinindir, başkasının değildir. Ancak mürtehinin hakkının merhuna taalluk etmesi ve Şafiîlerin dışında kalan cumhura göre mürtehinin onu yanında alıkoymasının sabit olması, mürtehinin merhunun maliyeti kısmında râhinden evlâ olması sebebiyle merhunun satışının geçerliliği, Hanefîlerle Malikîlere göre, mürtehinin hakkı devam ettiği sürece onun rıza ve iznine bağlıdır. Bu hak son bulduğu takdirde, "rehinde tasarruf" bahsinde de açıklamış olduğumuz gibi, satış da geçerli olur.

Buna göre fakihlerin ittifakıyla râhin, mürtehinin izni ile rehni satabilir. Râhin vefat edecek olursa, onu satma izni vasisinin veya mirasçısının olur. Nitekim râhin, hayatta olduğu takdirde, başkasını mürtehini veya âdil birisini veya bunların dışında yabancı bir kimseyi satış için vekil yapabilir.

Hanefîler [1] rehin aktinde şart koşulan vekalet ile rehin aktinden sonra meydana gelen bir takım farklardan söz etmişlerdir. Bu farkların bir kısmı şunlardır: Rehin aktinde şart koşulmuş vekâlette müvekkilin azli ile râhinin veya mürtehinin ölümü ile vekil azlolmaz. Mutlaklıktan sonra da vekalet kayıt kabul etmez. Vekil satmak istemeyecek olursa, böyle bir vekâlette rehni satmaya zorlanır. Çünkü artık vekalet rehnin şartlarından bir şart veya bir vasıf olmuştur; dolayısıyla onun lüzumuyla o da lâzım (bağlayıcı) olur. Bütün bu hükümlerde akitten sonra yapılan *ayrı vekâlet* böyle değildir. Bu tür vekâlet azletmekle, râhinin veya mürtehinin ölümü ile sona erer. Çünkü böyle bir vekalet rehnin vasıflarından bir vasıf olmamış, mürtehinin hakkı ona taalluk etmemiştir.

Malikîler râhinin satış için izin vermesi halinde [2] bazı hususları şöylece açıklamışlardır: Râhinin izni olmadıkça *adl*in veya mürtehinin rehni satma hakları yoktur. Râhin onlardan her hangi birine satış izni verecek olursa, bu izin ya mutlak veya mukayyet olur.

Şayet belli bir zamanda borcu ödememek gibi bir kayıt ile kayıtlamış ise, bu vaktin gelmesinden önce onlardan her hangi birisi bu rehni satamaz; aksine borcun ödenip ödenmediğini açıkça ortaya koymak için hakime müracaat etmek gerekir.

Bu izin mutlak bir izin olup *adl*e verilmişse hakime müracaat etmeksizin tek başına onu satabilir. Eğer bu izin mürtehine akit sonrası verilmiş ise hakime müracaat etmeksizin satabilir. Akit esnasında bu izin verilmişse, hakime başvurmadan satamaz. Böylelikle izin vermek için râhinin baskı altında tutulma şüphesi ortadan kalkmış olur.

Bu satışta bir *gabn* (aldanma) söz konusu değilse alışveriş geçerli olur. Eğer

1- *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 81 vd.
2- *Desûkî*, III, 250 vd.

olduğu değerlerden istediği karşılığında müşteriden geri alabilir.

Malikiler de Hanefiler gibi: Rehni satmada râhin de mürtehin de vekili azletmek yetkisine sahip değildir demişlerdir. Nitekim vekil de kendisini azledemeyeceği gibi, ancak ikisinin ittifakı ile azlolur.

Şafiîlerle Hanbelîler de bunu bu şekilde kabul etmişlerdir: (1) Râhinin satış velayeti, mürtehinin izni iledir. O veya vekili, mürtehinin izni olmaksızın satamaz. Ancak mürtehin işi yokuşa sürmek isteyip satış için izin vermeyi reddedecek olursa râhin meseleyi hakime götürür. O da ya satış izni vermesini veya râhini ibra etmesini -râhine gelebilecek zararı önlemek maksadıyla- mürtehine emreder. Aksi takdirde hakim, borcunu ödeyebilmesi için râhine rehni satma izni verir.

- *Mecburî Satış:* Önceden de açıklamış olduğumuz gibi, rehin borca karşılık bir vesikadır. Rehinden gözetilen hedef ise, merhûnun kıymetinden alacağın tahsil edilmesidir. Tabiî bu borcun ödenme vadesi gelip de borçlu olan râhinin borcunu ödememesi halinde, mürtehin merhunun satılması yoluyla alacağını tahsil yoluna gider.

Normal hallerde rehnin satılması râhinin veya onun vekilinin vasıtasıyla gerçekleşir. Çünkü merhunun maliki odur.

Buna göre borcun vadesi gelecek olursa, mürtehin râhinden borcunu ödemesini ister. Eğer onun bu isteğini yerine getirerek borcunu öderse mesele yoktur. Şayet onu savsaklamak (matal) maksadı ile yahut ödeme imkânı olmadığından ya da hazır bulunmadığından dolayı bu isteğini yerine getiremeyecek olursa, fakihlerin ittifakıyla hakim rahini satmaya mecbur eder.

Hanefî ve Malikîlere göre hakim önceden de açıklamış olduğumuz gibi, râhinin vekilini de satmaya mecbur eder. Ancak Şafiîlerle Hanbelîlere göre mecbur etmez. Çünkü vekil bu işi bir fazilet olarak yapmaktadır; vekâletinden vazgeçebilir. Dolayısıyla onun satışa mecbur edilmesi söz konusu olmaz. Aksine satış, eğer râhin hazır değilse yahut hazır olmakla birlikte satışta bulunmayı kabul etmiyorsa hakim vasıtası ile gerçekleşir.

Hakim de evvela hazır bulanan râhinden merhunu satmasını ister. Eğer bu emri yerine getirirse maksat gerçekleşmiştir. Getirmeyecek olursa Malikî, Şafiî ve Hanbelîlerle, Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre hakim dövmek, tehdit etmek gibi mecbur tutmaya ihtiyaç kalmaksızın, bizzat kendisi satar. (2).

Ebu Hanife ise şöyle demektedir: "Hakim râhinin izni olmaksızın mürtehinin alacağı karşılığında rehni satamaz. Ancak bizzat kendisi satıncaya kadar râhini

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 130; *el-Muğnî,* II, 362 vd.
2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 251; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 324; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 134; *el-Mühezzeb,* 397; *Keşşâfu'l-Kınâ,* II, 330.

debilir." (1)

Borçlu olan râhinin malı arasında borcun türünden bir mal bulunursa o maldan borcu ödenir ve o takdirde mecburî bir satış yoluna gitmeye ihtiyaç kalmaz.

Şayet merhun olan malın satılması bir takım masrafları gerektiriyorsa bu masraflar râhine ait olur. Çünkü malik olan odur; borcu ödemek durumunda olan da odur ve bu satış da onun borcunu ödememesinin bir sonucudur.

b) Çabuk Bozulabilen Şeylerin Satışı:

Daha önceki açıklamalarımızdan çabuk bozulan meyve türlerinin rehnedilmesinin sahih olduğunu görmüş bulunuyoruz. Şayet bozulmalarını önlemek maksadıyla bunların kurutulma imkânı varsa kurutulur ve bu iş için gerekli masraf râhine ait olur. Bunun için de rızası istenmez. Çünkü kurutulması, onun muhafazası için gerekli işlerdendir ve bu da râhine aittir. Şayet kurutulamayan türlerden olursa, mürtehin onu hemen satabilir. Çünkü muhafazası ancak satmak yoluyla olur; ancak bunun için hakimin izni gerekir. Çünkü başkasının malı üzerinde vekâlet, genelde hakime aittir. Onun izni olmaksızın olacak olursa değerini tazmin eder; çünkü onun bu tür bir mal üzerinde böyle bir velayeti yoktur.

Şayet borcun vadesi gelmişse, satılan bu malın kıymetinden borç ödenir. Eğer vadesi gelmemişse satılan bu şeylerin kıymeti borcun vadesine kadar rehin olur.

Eğer borcun vadesi bunların bozulması zamanından önce gelmiyor, aksine sonra veya onunla birlikte geliyor ise yine satılır ve aynı şekilde kıymeti onun yerine rehin olur. Rehin aktinde satışının şart koşulması ile mutlak olarak yani şartsız olarak aktin yapılmış olması arasında fark yoktur. (2)

Son şekilde Şafiîler muhalefet etmişlerdir: Eğer borcun vadesi bu gibi şeylerin bozulmasından sonra veya onunla birlikte gelmekte ise şöyle derler: Rehin aktinde malın satışı ve onun kıymetinin yerine rehin olarak kabul edilmesi şartı koşulmuşsa rehin sahihtir; şart da geçerlidir. Şayet akit mutlak ise, bu konuda iki görüş vardır. Bu iki görüş aynı zamanda Hanbelîlerin de iki görüşünü ifade eder. Birincisine göre böyle bir rehin sahih olmaz. Şafiîlerin sahih kabul ettikleri görüş de budur. Hanbelîlerde ise bunun aksi esahtır. (3) Şafiîlerin delili şudur: Borcun vadesi gelmeden önce rehin satılırsa, rehin akti bunu gerektirmeyeceğinden caiz olmaz. O takdirde rehin

1- *el-Bedâyi,* VI, 148; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 359; *Reddü'l-Muhtâr,* V, 357; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 222.

2- *el-Bedâyi,* VI, 148; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 157; *el-Muğnî,* IV, 341; *el-Mühezzeb,* I, 308; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 132 vd.

3- İkinci görüş Hanbelîlerce tercih edilen görüştür: Rehin sahih olur ve bozulma zamanı yaklaştığı zaman merhun satılır. Çünkü zahir olan ve örfün de gerektirdiği şudur: Malik onu mutlak olarak rehin bırakırken malını telef etmek maksadında değildir. Eğer onun korunmasının biricik yolu satış olarak ortaya çıkarsa (teayyün ederse) mutlak akit buna göre yorumlanır. Rafiî, *eş-Şerhu's-*

satılırsa, rehin akti bunu gerektirmeyeceğinden caiz olmaz. O takdirde rehin hali üzere bırakılacak ve bozuluncaya kadar terk edilecek olursa da belge (vesika) ortadan kalkmış olur.

c) Mürtehinin İmtiyaz Hakkı:

İmtiyaz hakkının manası şudur: Mürtehin merhunun kıymetinde diğer alacaklılara göre öncelikle hak sahibidir. Bu, hakkını tahsil edinceye kadar böyledir. Râhinin hayatta olması ile ölmüş olması arasında fark yoktur. Zahirîler dışında bu fark, fakihlerin ittifakıyla mürtehinin lehine sabit kabul edilmiştir. [1] Bunun esası ise, mürtehinin merhun olan mala hakkının veya alacağının taalluk etmesi, rehnin borca karşılık bir vesika olması; Şafiîlerin dışında kalan cumhura göre mürtehinin onu yanında alıkoyma (haps) hakkının sübutu ve mezheplerin ittifakıyla mürtehinin izni olmaksızın râhinin rehinde tasarrufunun men edilmesidir.

Buna göre, râhinin malı borçlarını ödemeye yetmezse, alacaklılar da alacaklarını talep ederler veya -Ebu Hanife dışında hacir altına alınmasını caiz kabul eden kimselere göre- iflası sebebiyle borçlu hacir altına alınırsa ve malının alacaklıları arasında taksim edilmesi istenirse merhunun kıymetinden hakkını tahsil edebilmesi için öncelik tanınacak ilk kişi mürtehindir. Yahut da bir kıymet veya bir misil olarak telef edilme sebebiyle her kim tarafından olursa olsun merhun tazmin edilmiş ise, hakkını onun bedelinden alır.

Diğer alacaklıların itiraz hakları yoktur. Onlar da bu kıymetten artanı alma hakkına sahiptirler.Çünkü mürtehinin hakkı aynı zamanda hem rehnin *ayn*'ına, hem de râhinin zimmetine taalluk etmektedir. Dolayısıyla o aynî bir hakkın sahibidir. Diğer alacaklıların ise hakları *ayn*'a değil, sadece zimmete taalluk etmektedir. Dolayısıyla mürtehinin hakkı daha kuvvetlidir. Ötekilerinin hakkı ise sadece şahsîdir.

Bu durum merhunun kıymeti mürtehinin hakkına yeterli gelmesi ve ondan bir şeyler artması hâlinde söz konusudur. O hâlde artan ve kalan kısım, diğer alacaklılara eşit bir şekilde dağıtılır. Eğer merhun mürtehinin alacağını karşılayamıyorsa merhunun kıymetini alır; alacağının bakiyesini de diğer alacaklılarla aynı şekilde alır..

Şayet borcun vadesi gelmişse, merhunun kıymetinden mürtehinin alacağı ödenir; eğer vadesi gelmemişse ve rehin -meselâ çabuk bozulması söz konusu olan şeylerin satılmasında olduğu gibi- vadeden önce satılmasını gerektiren her hangi bir sebep dolayısıyla satılırsa bu kıymet, borcun vadesi gelinceye kadar aslının ye-

---

Sağîr'de çoğunluğun bu görüşü sahih kabul ettiğini belirtmekte, el-İsnevî ise fetvanın buna göre verildiğini söylemektedir.

1- *el-Bedâyi,* VI, 153; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 324; *Muğnî'l-Muhtâc,* II, 134; *el-Muğnî,* IV 404.

ması :

Fakihlerin cumhuru [1] şunda ittifak etmişlerdir: Mürtehin "rehin aktinde borcun vadesi gelir, fakat ödenmezse alacağı karşılığında merhun kendisinin olacaktır veya râhindeki alacağı karşılığında onu satacaktır" diye bir şart koşacak olursa, bu fasit bir şart olur. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Rehin sahibinden alıkonulmaz (galk edilmez),* İmam Malik der ki: "Rehin (galk edilmez" sözünün manası -Allahu a'lem-; çözülmesi engellenmez, demektir. Bir şeyin nehyedilmesi ise nehyedilenin fasit olmasını gerektirir. el-Ezherî der ki: "Rehinde galak, fekkin (çözmenin) zıddıdır. Râhin rehni çözecek olursa, mürtehinin yanında bulunan merhûnun bağımlılığını çözmüş ve serbestliğe kavuşturmuş olur." Abdürrezak, Ma'mer'in "rehnin galakı"nı kişinin: Eğer senin malını sana getirip vermeyecek olursam rehnim senin olsun, demesi şeklinde açıkladığını nakletmiştir.

Kısacası, hadis-i şeriften maksat şudur: Mürtehin, eğer şart koşulan vakitte çözülmeyecek olursa rehne hak kazanamaz.Rehin telef olacak olursa da mürtehinin hakkı gitmez. Rehin sahibinin kesesinden gider. Çünkü rehnin geliri de gideri de ona aittir.

el-Minhac'da Nevevî ve Minhâcı şerhedenler şöyle der: "Eğer vadenin gelmesi hâlinde merhunun kendisine satılmış olmasını şart koşarsa, vakte bağlanması sebebiyle rehin, ta'liki sebebiyle de satış fasit olur. Vaktin gelişinden önce de merhun bir emanettir. Çünkü fasit rehin hükmü gereğince o, kabzedilmiş bir şeydir, ondan sonra ise fasit satın alma hükmü gereğince tazminat altındadır."

Hanbelîlerden Ebu'l-Hattâb ile Hanefîlerden bazılarının bir görüşü daha vardır: Böyle bir şartla rehin fasit olmaz. Çünkü hadisteki: *"Rehin alıkonmaz"* ifadesi rehnin aslını değil onun alıkonulmasını reddetmekte olduğundan, bu rehnin sahih olduğunu gösterir. Çünkü râhin bu şart ile birlikte rehnedilmesine razı olmuştur. Bu şartın batıl olmasına razı olması ise öncelikle söz konusudur.

Hanbelî mezhebinden İbni Kudâme şöyle cevap verir: O fasit bir şartla rehnettiğinden, vakit tayinini şart koşması halinde olduğu gibi rehin fasittir. Gelen haberlerde bunun aktin başında şart olduğuna dair bir şey yoktur; dolayısıyla bunlar bu konuda delil olmaz.

e) Satışından Sonra Rehnin İstihkakı (hak edilmesi):

Hanefîlere göre: [2] Satışından sonra rehnin râhinden başkasının hak ettiği bir şey olduğu ortaya çıkarsa o zaman iki durum sözkonusu olur bu satılan merhun bu hak iddiası esnasında ya vardır veya tüketilmiştir:

1- *el-Muğnî,* IV, 383; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* I, 324 vd.; *el-Münteka ale'l-Muvatta,* V, 239; *Neylü'l-Evtâr,* V, 235 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 137.

2- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr* VIII, 223; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 359 vd.

şey olduğu ortaya çıkarsa o zaman iki durum sözkonusu olur bu satılan merhun bu hak iddiası esnasında ya vardır veya tüketilmiştir:

Şayet varsa, hak sahibi dilediği takdirde onu alabilir; çünkü o malının ayn'ını bulmuştur. Ancak o malda lâzım olan bir hak bundan onu alıkoyabilir. Böyle bir hak da ortada yoktur. Böyle bir malı satın alan kimse ise serbesttir. Dilerse bu malı ona satan kimseye ödemiş olduğu kıymet kadarıyla rücu eder çünkü akdi yapan odur. Dilerse eğer kıymetini kabzetmiş ise mürtehine rücu eder. Çünkü bu satış başkasının istihkakı ile (onda hakkının olduğunun ortaya çıkması ile) nakzedilmiş ve verilen miktarın bir bedel olması batıl olmuştur ve bu esas üzere mürtehinin eline ümulaşmış bulunmaktadır. Dolayısıyla rtehinin onu iade etmesi vacip olur ve merhunu kabzetmemiş olması da hükmen nakz olur.

Satan kişi adl tayin edilen kişi olursa, adl bu kıymet ile dilediği takdirde râhine rücu edebilir. Çünkü satışta onun vekilidir. Vekâlet sebebiyle onun da sorumluluğu söz konusu olur ve adlin mürtehine yaptığı ödeme ile de borcun ödenmesi sahih olur.

Şayet hakkın ortaya çıkması (istihkak) hâlinde merhununtelef olmuş ise müstahik serbesttir. Dilerse kıymetinin tazminatını râhine ödetir çünkü o bu malı alıp rehnetmek suretiyle müstahika karşı gâsıptır) dilerse *adl*in tazminat ödemesini ister (çünkü satmak ve teslim etmek suretiyle de *adl*in hakkına tecavüz etmiştir). Dilerse de mülkü olan bir şey onun elinde telef olduğu için, zahire bakarak müşteriye tazminat ödetir.

Şayet râhin bu tazminatı öderse, alışveriş geçerli kalır ve bu ödeme de sahih olur. Çünkü râhin tazminatı ödemekle tazminatı ödenen şeyi, yani merhun olan *ayn*'ı tecavüz vaktine dayanarak mülk edinmiş olur. Böylece onun kendisine ait olan mülkü rehnettiği ve kendisinin mülkünü satması emrini verdiği ortaya çıkar.

Şayet hak sahibi satmış olan *adlin* tazminat ödemesini isterse yine bu satış geçerlidir. Çünkü artık adl tazminatını ödemek suretiyle ona sahip olmuştur. Böylelikle onun kendisinin mülkü olan bir şeyi sattığı da ortaya çıkmış olur. Tazminatını ödedikten sonra adl dilerse ödediği tazminat ile râhine rücu eder (Çünkü o râhinin vekilidir ve bu durumda satış geçerlidir; ödeme de sahih olur) oilerse mürtehine rücu ederek bedelini ondan alır, kıymetini değil. Çünkü mürtehinin bu semeni (bedeli) haksız yere aldığı ortaya çıkmıştır; zira ayn tazminat suretiyle mülkü olmuş ve satışı sahih olmuştur. O da bunu râhin namına mürtehine vermiştir. Bu bakımdan bu sebep dolayısıyla, bu ödediği değer ile rücu eder. Rücu ettiği takdirde ödeme batıl olur ve yine mürtehin alacağını almak üzere râhine rücu eder.

Eğer hak sahibi tazminatı müşteriden alırsa, müşteri de bu bedel kadar adle rücu eder. Çünkü bu malı ona satan odur. Adl de bu bedel için râhine rücu eder. Çünkü

olur.

9- Merhunun teslim edilmesi:

Önceden de açıklamış olduğumuz gibi Şafiîlerin dışında kalan cumhura göre mürtehinin alacağını tahsil edinceye kadar merhunu sürekli olarak hapsetme hakkı vardır; ta ki borçlu merhuna olan ihtiyacı ve ondan faydalanmak maksadı ile merhunu geri almak için borcunu ödemek zorunda kalsın. Mürtehin aynı şekilde vadesinin gelmesi hâlinde, rehin elinin altında kalması yanısıra borcunu isteyebilir.(1)

Borcun veya rehin aktinin sona ermesiyle mürtehinin merhunu sahibine vermesi gerekir. Borç, ödenmesi veya hibe edilmesi yahut râhindeki alacağı karşılığında mürtehinin ondan bir mal satın alması ya da râhinin mürtehini bir başkasına havale etmesi gibi sebeplerle sona erer.

Şayet bundan sonra mürtehinin elinde bu mal kalacak olursa Şafiîlerle Hanbelîlere göre bu bir vedia (emanet) olur. (2)

Eğer borç ibra veya hibe ile sona ermişse Ebu Hanife'ye göre de vedia olarak kalır. Şayet bundan başka sebeplerle -meselâ borcunu ödemek yahut râhinden borcu karşılığında bir mal satın almak ya da havale yolu ile- ödeme söz konusu olmuşsa merhun, istihsanen -daha önceden olduğu gibi- tazminat altında kalır. Telef olduğu takdirde rehnin veya borcun değerinden hangisi daha aşağı ise, o miktarda tazminat ödenir.

Her iki durum arasında fark görmenin sebebi şudur: Borçluya borcunu ibra veya hibe etmek sebebiyle kesin olarak borç düşer. Dolayısıyla rehnin tazminatı da ortadan kalkar. Ödeme hâlinde ise rehin tazminatı düşmez. Aksine alacaklının zimmetinde onun gibi bir borç sabit olur ki, bunun sebebi ile alacaklı bir şey isteyemez ve bunun sonucunda da iki borç arasında mukassa (takas) söz konusu olur. Borçlunun zimmetinde borç devam edecek olursa onun karşılığının tazminatı da devam eder. (3)

Malikîlere göre: (4) Şayet rehin süs eşyası, kitap, elbise, silah, yüzmekte olan gemi gibi saklanabilen türden olursa, mürtehinin borcun sona ermesi ile onu geri vermesi gerekir, değilse tazminatı altında bulundurmaya devam eder. Çünkü ödemeden sonra rehin vedia gibi değildir. Zira vedia mudinin menfaatine gerçekleşen bir akittir. Rehin ise her iki tarafın menfaatinedir. Eğer râhin borcun ödenmesinden sonra merhunun mürtehin yanında kalmasını isteyecek olursa bu bir emanet olur.

1- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr* VIII, 198.
2- *el-Muğnî,* IV, 397; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 136.
3- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 243; *Tebyînü'L-Hakâik,* VI, 96.
4- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 253; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 324.

Rehin aktinin bitmesi veya sona ermesi ise ibra, hibe, ödeme gibi sebeplerle ya da borcun düşmesinden ya da son bulmasından önce fesih ile olur. Rehin aktinin yapıldığı esnada bir borcun söz konusu olmadığı ortaya çıkacak olursa, aynı şekilde bu rehin de sona erer. Bu gibi sebepleri ileride açıklayacağız.

Rehnedilen malı rehin aktinin sona ermesi sebebiyle râhine geri verilecek olursa o durumda rehnin hiç bir hükmünün kalmayacağı hususunda şüphe yoktur.

Şayet merhun mürtehinin yanında kalmaya devam edecek olursa, ister daha önceki bir borcun sona erdiği veya hiç borç olmadığı ortaya çıksın, isterse de râhin ile mürtehin rehin esnasında borç olmadığı konusunda birbirini tasdik etsin, rehin Şafiîlerle Hanbelîlere göre bir emanettir.

Eğer râhin ile mürtehin rehin akti esnasında bir borcun bulunmadığı üzerinde ittifak eder ve birbirlerini doğrularsa Malikîlere göre de bu bir emanettir.

Hanefîlere göre: [1] tarafların birbirlerini tasdik etmeleri hâlinde; eğer bu karşılıklı tasdik rehnin telefinden sonra olmuşsa, mürtehinin tazminatı altında kalmaya devam ettiği görüşündedirler. Şayet tarafların karşılıklı olarak birbirlerini doğrulamaları rehin mevcut iken olmuş, sonra rehin telef olmuşsa, Hanefîlerin bu konuda görüşleri farklıdır. Bazısı rehnin ortadan kalkacağı kanaatindedirler. Artık rehnedilen mal mürtehinin elinde bir emanet olur. Başkaları ise tazminatın, merhun mürtehinin elinde kaldığı sürece devam edeceği görüşündedirler. Birinci görüş daha tercihe şayandır.

Karşılıklı tasdik hâlleri dışında ise, hüküm borcun sona ermesi hâlinde olduğu gibidir.

Merhunun Teslimi Ne Zaman Gerçekleşir?:

Önce râhin borcunu, sonra da mürtehin merhunu teslim eder. Satışta mebi ile semenin tesliminde olduğu gibi, önce semen teslim edilir, ondan sonra da mebi teslim edilir. Çünkü mürtehinin hakkı, borcun teslimi ile taayyün ederken; râhinin hakkı merhunun teslimi ile taayyün eder. Râhin ile mürtehin arasında eşitliği gerçekleştirmek için teslimde bu tertibe riayet edilir. [2]

Râhin borcun bir kısmını teslim edecek olursa, merhunun tümü borcun geri kalan kısmı karşılığında aynı şekilde rehin kalmaya devam eder; bu konuda dört mezhebin ittifakı vardır. [3] Çünkü rehin borcun tümü karşılığında bir vesikadır ve hakkın tümü karşılığında alıkonulmuştur. Rehni gerektiren borç sebebiyle alıkoy-

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 373 vd.

2- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 198, 200.

3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 254; *el-Lübâb,* II, 63 vd.; *el-Bedâyi,* VI, 152; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 200; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 272; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 324; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 141; *el-Muğnî,* IV, 361.

tir. Borcun tümü ödenmediği takdirde onun her hangi bir parçası rehin olmaktan çıkmaz ve çözülmez. Rehnin paylaştırılmasının mümkün olması ile olmaması arasında da hiçbir fark yoktur.

Merhunun Teslim Edilme Yeri:

Hanefîlere göre: [1] Merhunun ya taşınması ve masrafı söz konusu olur veya olmaz.

a) Şayet rehnin taşınması ve masrafı söz konusu ise, mürtehin de aktin gerçekleştiği beldeden bir başka yerde borcunun ödenmesini isterse ona alacağı ödenir. Merhunu hazır etmesi de ondan istenmez. Çünkü bu masrafı gerektirmektedir. Ona düşen sadece râhin ile merhun arasında bir engel bırakmamak (tahliye) anlamında merhunun teslimidir. Bir yerden bir başka yere taşımak değildir, çünkü o bundan dolayı zarar görür; akitte de böyle bir şey üstlenmemiştir.

b) Şayet rehnin taşınması ve masrafı söz konusu değilse mürtehine rehni hazır etmesi emredilir. Çünkü taşınması ve masrafı söz konusu olmayan şeylerin teslimi açısından bütün yerler birdir. Buna göre rehinde ödeme yerinin açıklanması şart değildir. Bu konuda o, selem aktine benzemektedir.

Bu açıklamalara dikkat edilecek olursa, mürtehin, eğer borcun aktin yapıldığı beldede ödenmesi istenmişse, rehni hazır etmekle mükellef tutulur. Bu durumda rehnin taşımayı ve masrafı gerektirmesi ile gerektirmemesi arasında bir fark yoktur.

Ancak İbni Abidin bu konuda düşünmek gerektiğini ifade eder. Çünkü mürtehine düşen görev taşımak değil, tahliyedir. Müelliflerin sözlerinden ilk anda anlaşılan bu mana *Bezzâziye*'de bulunan görüşe aykırıdır. Çünkü orada şöyle denilmektedir: "Şayet onu getirmenin bir masrafı söz konusu değilse, getirmesi emredilir. Eğer bir başka yerde bulunma hâlinde olduğu gibi masrafı gerektiriyorsa getirmesi emredilmez."

Fasit Rehnin Hükümleri:

Yapılan açıklamalardan sahih rehnin en önemli hükümlerinin mürtehinin diğer alacaklılar arasında rehin üzerinde özellikle hak sahibi olduğunu ve Hanefîlere göre onu alıkoyma ve tazmin edilmesi hakkını öğrenmiş bulunuyoruz.

Mezhep imamları batıl veya fasit olsun, sahih olmayan rehnin, merhunun varlığı hâlinde, hiçbir hükmünün olmayacağı üzerinde ittifak etmişlerdir. Mürtehinin haps (alıkoyma) hakkı sabit olmadığı gibi, râhin de merhunu mürtehinden geri alabilir. Şayet mürtehin, rehin telef oluncaya kadar bunu engelleyecek olursa, gâsıp olur. Eğer misli bulunan bir şey ise mislini, misli bulunmayan bir şey ise kıymetini

1- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 198; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 343 vd.

tazminat olarak öder, aynen gasbedilmişin tazminatında olduğu gibi.

Eğer sahih olmayan bir akte binaen -Hanefîlere göre müşaın rehninde olduğu gibi- mürtehin tarafından kabzedilmiş durumdaki merhun helâk olursa Hanefilere göre rehnin helâki gibi telef olmuş sayılır. (1) Yani rehnin kıymeti ile borcun tutarından en aşağısı hangisi ise onun karşılığında telef olur; esah görülen görüş budur. el-Kerhî der ki: "Böyle bir telef emanetin telefi demektir. Çünkü rehin sahih olmazsa bu kabz da emanet yoluyla kabzetme sayılır. Çünkü böyle bir kabz, malikin izniyle olduğundan vedianın kabzına benzemektedir."

Alacaklıları bulunduğu hâlde ölen bir kimsenin yaptığı fasit rehinde de mürtehin sahih rehinde olduğu gibi merhun üzerinde öncelikle hak sahibidir.

Genel olarak Malikîler de Hanefîler gibi düşünürler ve şöyle derler: (2) Fasit bir akte binaen mürtehin merhunu kabzedecek olursa mürtehin hakkını alıncaya kadar diğer alacaklılara nazaran rehinde daha fazla hak sahibidir.

Fasit bir akit sebebiyle merhun mürtehinin elinde telef olacak olursa, onun bu telefinin hükmü aktin sahih olması halinde merhunun telef olmasındaki hüküm gibidir.

Hapsetme hakkına gelince: Göründüğü kadarıyla bu, imtiyaz hakkının sabit olmasına binaen mürtehin için sabittir. Ancak fasit bir akte binaen merhunu talep etme ve râhinden teslim alma hakkı yoktur.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: (3) Fasit akitlerin hükmü, tazmin edilmesi veya edilmemesi bakımından sahih akitlerin hükmü gibidir. Çünkü sahih akit teslimden sonra tazminatı gerektirmekte ise -satış ve iarede olduğu gibi- bunun fasit olanlarının bunları gerektirmesi öncelikle söz konusudur. Sahih bir akit ile satılan bir şey tazminat altında olduğu gibi, fasit bir satış ile kabzedilen de bu şekildedir. Sahih akit rehin, karşılıksız hibe ve kiralanmış bir aynda olduğu gibi tazminatı gerektirmezse, onların fasitleri de böyledir. Çünkü bunları elinin altında bulunduran kişi, malikinin izni ile elinin altında bulundurmuştur ve akit sebebiyle de bir tazminat üstlenmemiştir.

Haram, bilinmeyen, aslen var olmayan, teslimine güç yetirilmeyen veya muayyen olmayan şeylerin rehnedilmesi hâlinde olduğu gibi, rehin fasit olur ve mürtehinin kabzettiği de elinde telef olduğu takdirde kendisine tazminat düşmez. Çünkü sahih rehin dahi tazminat altında değildir; dolayısıyla fasit olan rehin de böyledir.

1- *el-Bedâyi,* VI, 163; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 365, 374.
2- *eş-Şerhu'l-Kebîr ve'd-Desûkî,* III, 237, 241, 247.
3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 137; *Keşşâfu'L-Kınâ,* III, 329; *el-Muğnî,* IV, 381.

4. Rehnin Çoğalması veya Fazlalıkları:

Rehin akti merhunun artmasını da kapsar.·Karşılığında rehin verilen borç, merhunun sonradan artan kısımlarına da taalluk eder. Bu konuda fakihlerin kimisi meseleyi geniş tutarken, kimisi dar tutmaktadır. Şu kadar var ki, merhunun çoğalan kısımlarının râhinin mülkü olduğunda ittifak etmişlerdir. Çünkü râhin aslına maliktir, bu da onun mülkü olan bir şeyin artışıdır.

Hanefîlere göre: (1) Aslından doğan şey ister meyve, süt ve yün gibi ona bitişik olsun, isterse yavru gibi ondan ayrı olsun her türlü artış, rehnin kapsamına girer; o da asıl ile birlikte rehin olur. Çünkü asla tabidir. Rehin lâzım bir hak olduğundan ona da sirayet eder.

Ücret, arazinin mahsulü gibi asıldan doğmayan fazlalıklar ise rehne girmez. O bakımdan bunlar asıl rehin ile birlikte rehin olmaz. Bunlar tamamıyle râhine ait olup borç bunlara taalluk etmez, çünkü bunlar rehnin maliki ile başkası arasındaki bir akitleşmenin neticesidir. Rehin olan maldan mütevellit değildir; dolayısıyla akit yoluyla bunları hak eden kimsenin katıksız hakkı olurlar. Bu aynı zamanda Malikîlerle Şafiîlerin de görüşüdür.

Malikîlere göre: (2) Bitişik ve ayrılmayan, ondan meydana gelen yağ ve güzellik gibi her türlü fazlalık, rehnin kapsamına girer. Yahut da yavru, hurma veya ağaç fidanı gibi ondan ayrı olan her türlü fazlalık da aynı şekilde rehnin kapsamı içerisindedir. Çünkü bunlar merhunun yaratılışı ve sureti üzere olup rehinden ayrı bir gelişme gösteren hayvan ve yavrusu gibidir. Aynı şekilde rehin vaktinde ona tabi olarak koyunun sırtındaki yünü artmışsa, o da rehnin kapsamına girer; değilse girmez.

Eğer bu artış merhunun hilkat ve tabiatı üzere değilse, rehnin kapsamına girmez. Ağacın meyvesi veya hurma ve sütte olduğu gibi rehinden doğması ile, evin kirası ve diğer gelirlerde olduğu gibi rehinden meydana gelmemesi arasında da fark yoktur.

Şafiîlere göre: (3) Bitişik artış rehne dahildir. Yani yağ, büyüklük, güzellik, meyvenin gelişmesi gibi nitelikteki artış, rehnin kapsamına girer. Çünkü bunlar aslına tabi olur ve ondan ayrılmazlar. Ondan ayrı her hangi bir ziyade veya yavru, meyve, yün, süt, yumurta yahut ev kirası gibi rehinden ayrı bir artış söz konusu olursa, bu da rehnin kapsamına girmez. Çünkü daha önce gördüğümüz Ebu Hureyre'nin hadisinde şöyle denilmektedir: *"Rehin, onu rehin bırakanın sahibinden alıkonulmaz. Masrafı da ona aittir, geliri de ona aittir."* Artış ve çoğalma ise gelir kapsamındandır. O bakımdan bunun da râhine ait olması gerekir. Diğer taraftan rehin, merhunun kendisi üzerindeki mülkiyeti gidermeyen bir akit olduğundan kira-

1- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 240; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 365, 370; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 94; *el-Lübâb,* II, 62; *el-Bedâyi,* VI, 152.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 244; *el-Kavnînü'l-Fıkhıyye,* 324; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 272.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 139; *el-Mühezzeb,* I, 310 vd.

lama gibi rehinden ayrı olan artışlar için geçerli olmaz.

Hanbelîlere göre: [1] Rehnin bütün artışı, gelirleri, bitişik olsun ayrı olsun, ondan doğsun veya doğmasın, geliri olsun veya olmasın veya başka türlü olsun mürtehinin veya onun vekilinin elinde rehin olur. Bunlar da eğer satılması gerekirse borcun ödenmesi için asıl ile birlikte satılırlar. Çünkü borç merhun olan mala taalluk etmekte olduğundan, bu artışlar ve menfaatlerde satışta olduğu gibi onun kapsamına girer. Diğer taraftan ayrı olan artışlar rehin bırakılmış bir ayndan doğmaktadır. Bunların da hükmü bizzat o ayna bitişik olanların hükmü gibi olacağından rehin bunlar hakkında da geçerlidir.

Özet olarak, Hanbelî mezhebi bu konuda işi geniş tutmuştur. Rehnin artışı ve bütün fazlalıkları, rehin olarak bırakılanın kapsamına girmektedir. Bunlardan sonra ise bitişik veya ayrı olan her türlü artışı rehne katan, ancak doğum yoluyla söz konusu olmayan artışları katmayan Hanefîler; Hanefîlerin arkasından ise yavru, fidan, rehin vaktinde tam olan yün gibi gelir manasında olmayan ayrı artışı rehne ilhak eden, ancak gelir manasını taşıyan ve ayrı olup ondan doğanı katmayan Malikîler gelir. Bunların arkasından ise sadece vasıftaki fazlalığı rehne ilhak eden ve ayrı her hangi bir fazlalığı merhuna katmayan Şafiîler gelmektedir.

5. Rehinde veya Karşılığında Rehin Bırakılan Alacakta Meydana Gelen Artış

Rehinde artış, karşılığında rehin bırakılan borç mukabili rehin olsun diye merhuna ayrıca ilave edilen bir *ayn*dır. Meselâ, bir kişiden borç aldığı yüz lira karşılığında önce bir elbise rehin bırakır, ondan sonra râhin bir başka elbise veya bir kitap ilave eder ve bunu da yüz lira karşılığında ilk rehin ile birlikte rehneder. Cumhura göre bu caizdir; çünkü bu belgelendirme de yapılan bir ziyadedir, rehinden maksat da budur.

İmam Züfer ise caiz olmaz, demiştir. Çünkü bu, borcun şüyusunu gerektirir. Zira ikinci rehnin borçtan bir hisse karşılığında olması lazımdır. Buna göre o miktarda birinci rehinden çıkıp rehin olması gerekir ve bu şayi'dir. Şüyu ise rehni ifsat eder. Ancak Züfer'e şöyle cevap verilmektedir: Borcun şüyusu rehnin sıhhatini engellemez. Borç, kabzedildikleri günkü kıymetlerine göre asla da, sonradan meydana gelen fazlalığa da taksim edilir.

Karşılığında rehin bırakılan borcun artması hâline gelince: Bu da râhinin mürtehinden önceki rehin karşılığında bir daha borç alması şeklinde olur. Önce ondan bin lira borç alıp bir halı rehin bıraksa, sonra bin lira daha borç alıp bu halının iki bin lira karşılığında rehin olması durumunda olduğu gibi. Fakihlerin bu konuda iki görüşü vardır:

1- *el-Muğnî,* IV, 388 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 356.

Ebu Hanife, Muhammed ve Hanbelîlere ve bir de İmam Şafiî'nin bir görüşüne göre; borçta bir ziyadeye gitmek caiz değildir. Çünkü bu ya ikinci bir rehindir veya merhunun rehnidir. Birinci borç tamamıyla ona taalluk ettiğinden dolayı, merhunun rehnedilmesi caiz olmaz.

İmam Malik, Ebu Yusuf, Ebu Sevr, el-Muzenî ve İbnü'l-Müzir ise, borçtaki bu ziyade caizdir, demişlerdir. Çünkü bıraktığı rehne bir şey eklemesi caiz olduğu gibi, rehnin karşılığı olan borcu artırması da caizdir. Çünkü borcun artırılma yoluna gitmesi, birinci rehni feshetmek ve her iki borç karşılığında tek bir rehin meydana getirmektir ki, bu da ittifakla caizdir. (1)

6. Rehin Aktinin Son Bulması

Rehin akti ibra, hibe, borcun ödenmesi ve buna benzer hâllerle sona erer. Rehin aktini sona erdiren haller aşağıda gösterilmiştir:

1- Merhunun sahibine teslim edilmesi ile Şafiîlerin dışında kalan cumhura göre rehin son bulur. Çünkü bu borç karşılığında bir vesikadır. Merhun teslim edilecek olursa artık bu vesikalandırma söz konusu olmaktan çıkar; dolayısıyla rehin sona erer. Aynı şekilde cumhura göre mürtehinin merhunu râhine veya onun izni ile bir başkasına ödünç vermesi ile de son bulur.

2- Borcun tamamen ödenmesi: Râhin karşılığında rehin bıraktığı borcunu ödeyecek olursa rehin sona erer.

3- Hakimin emri ile râhin tarafından yapılan mecburî satış veya râhin bu satışı yapmaktan kaçınacak olursa, hakim tarafından yapılan satış. Şayet merhun, bedelinden alacağı tahsil etmek için satılacak olursa rehin de ortadan kalkar.

Mürtehinin izni ile râhin tarafından yapılan ihtiyarî satışta ise, bu satış borcun vadesinin gelmesinden sonra gerçekleşmişse merhunun bedeline mürtehinin hakkı taalluk eder. Şayet borcun vadesinden önce olmuşsa yine Ebu Hanife ile Muhammed'e göre mürtehinin hakkı onun bedeline taalluk eder; o zaman bedel rehin olur. Çünkü râhin bu durumda mürtehinin izni ile rehni sattığından, borcun vadesi gelmesi hâlinde olduğu gibi, mürtehinin hakkının onun bedelinde sabit olması gerekir.

Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere göre, merhunun satışı ile rehin batıl olur ve râhinin onun yerine bir ivaz (bedel) vermesi gerekmez. Borcun karşılığında da rehin kalmamış olur. (2)

4- Her hangi bir şekilde borçtan ibra olmak, mürtehinin râhine borçlu olan bir başkasına havale edilmesi yoluyla dahi olsa, mürtehin alacağı karşılığında ilk reh-

---

1- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 241; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 372; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 95; *el Lübâb,* II, 62; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 309; *el-Muğnî,* IV, 347 vd.

2- *el-Muğnî,* IV, 403; *eş-Şerhu'l-Kebîr ve'd-Desûkî,* III, 242.

nin dışında bir başka ayn'ı alacak olursa, yine rehin çözülür. [1]

5- Râhinsiz dahi olsa, mürtehin tarafından rehnin feshedilmesi. Çünkü rehin hakkı onundur ve rehin tek bir taraftan lâzım olmayan caiz bir akittir. Ancak râhinin feshetmesi ile rehin son bulmaz. Çünkü râhin açısından rehin lâzım bir akittir. [2] Hanefîler mürtehinin sözü ile rehnin feshedilmesi için rehnedilen malın râhine geri verilmesini şart koşmaktadır. Çünkü rehin ancak kabz ile lâzım olur. Dolayısıyla feshi de ancak merhun olan malın râhin tarafından geri alınması suretiyle gerçekleşir.

Malikîlere göre rehin, rehnin râhinine onun tarafından satılıncaya kadar terkedilmesi ile de batıl olur. Çünkü merhunun bu şekilde bırakılması, mürtehinin bu durumu kabul etmesi gibidir. Dolayısıyla bu, bir fesih manasına gelir. [3]

6- Malikîlere göre [4] râhinin ölümü, iflası diğer alacaklılarının ondan alacaklarını istemekte olması veya hacredilmesi isteği ile durumunu hakime bildirmeleri yahut vefatı ile sonuçlanan hastalığı veya delirmesi gibi hâllerden önce kabzetmeyecek olursa da rehin batıl olur. Çünkü Malikilere sadece icap ve kabul olsa da rehin bağlayıcı olur.

Teslimden önce râhin veya mürtehinin ölümü ile de Hanefîlere göre rehin batıl olur; ancak râhinin iflası ile batıl olmaz. Şafiîlerle Hanbelîlere göre teslimden önce râhin veya mürtehinin vefat etmesi ile rehin batıl olmaz. Merhunun kabzedilmesinden sonra ise rehin ittifakla râhinin veya mürtehinin ölümü veya râhinin iflası ile batıl olur.

7- Merhunun telef olması: Rehin akti fakihlerin ittifakıyla rehin bırakılan malın telef olması ile sona erer. Bu hem "merhun, mürtehin tarafından ancak bir tecavüz yahut da bir kusur olması hâlinde tazminat altında olan bir emanettir" diyen cumhura göre böyledir; hem de "merhun telef olacak olursa, mal olmak itibarıyla rehin veya borçtan hangisinin kıymeti daha az ise, onun karşılığında tazminat altındadır, çünkü aktin mahalli olan ayn ortada değildir" diyen Hanefîlere göre böyledir.

8- Kiraya verme veya sadaka veya hibe olarak verme gibi merhunda tasarruf yapmak da râhin veya mürtehin sahibinin izniyle icare, hibe veya sadaka olarak veya yabancı birisine satmak suretiyle rehin üzerinde tasarrufta bulunurlarsa rehin akti sona erer. Aynı şekilde mürtehin rehin bırakılan ayn'ı râhinden icare akdine binaen yeniden kabzedecek olursa, böyle bir kiralama ile de rehin akti sona erer.

Ancak merhunun râhin adına mürtehine satılması ile rehin sona ermez. Çünkü

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 141.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, a.y.
3- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 242 vd.
4- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 241 vd.

rehnedilen malın yerine geçecek bir başka şey vardır ki, o da merhunun bedelidir. Dolayısıyla bu bedel, rehin olmak bakımından aslının yerini tutar. (1) Nitekim bunu "Rehinde Tasarruf" bahsinde açıklamış bulunuyoruz.

7. Râhin ile Mürtehinin İhtilâfı:

Bu bahis, rehin veya karşılığında rehin bırakılan borç hususunda anlaşmazlığa düşen taraflara isbat yükünün dağıtılması hususunda hakimin veya diğer kimselerin rolüne dairdir.

a) Râhin ile mürtehin, karşılığında rehin bırakılan hakkın veya borcun miktarında anlaşmazlığa düşer ve râhin: "Ben sana eşyamı bin lira karşılığında rehin bırakmıştım" derken, mürtehin de "Hayır iki bin lira karşılığında rehin bırakmıştın" diyecek olursa, (Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlerden oluşan) cumhura göre muteber söz, yemini ile birlikte râhinin sözüdür. Çünkü o mürtehinin iddia ettiği fazlalığı inkâr etmektedir. Bu konuda muteber söz inkâr edenin sözüdür. Zira Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Şayet insanlara iddia ettikleri şeyler verilecek olursa, bir takım kimseler kalkar, başkalarının kanları ve malları üzerinde hak sahibi olduklarını iddia ederler. Fakat yemin, davalı kimseye düşer."* (2) Burada râhin davalı (müddeaaleyh); mürtehin ise olduğundan meşhur olan sünnetin zahirine göre yeminin râhine teklif edilmesi gerekir.

Malikîler ise şöyle demektedir: Mürtehinin sözüne itibar edilir. Ancak rehnin kıymetinden fazla olursa râhinin sözüne itibar edilir. Çünkü mürtehin her ne kadar bir davacı ise de, burada lehine yemini onun tarafına taşıyan bir şüphe vardır. O da rehnin kendi lehine şahitlik (belge) özelliğini taşımakta olmasıdır. Çünkü merhun, karşısında rehin bırakılan borcun miktarından daha fazladır. İmam Malikin kabul ettiği usule göre ise, iddia taraflarından hangisinin şüphesi daha kuvvetli ise o yemin eder.

Ancak cumhura göre bu gerekli değildir. Çünkü râhin, karşılığında rehin bırakılan borçtan daha fazla kıymeti olmayan bir şeyi de rehin bırakabilir.

Ancak rehnin miktarında taraflar ihtilaf edecek olurlarsa ve râhin; "Ben sana bu şeyi rehin vermiştim" derken, mürtehin; "Hayır, bir başka şeydir" diyecek olursa, bu durum da râhinin sözüne itibar edilir; çünkü böyle bir şeyin rehnini inkâr eden (münkir) odur. (3)

b) Rehnedilen *ayn*'ın telefi konusunda rehin tarafları anlaşmazlığa düşecek

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 364.

2- Bu hadisi Müslim ve Buharî, İbni Abbâs'tan rivayet etmiştir. Beyhâkî'nin rivayet ettiği hadis şöyledir: *"Şayet insanlara iddia ettikleri şeyler verilecek olsaydı, bazı kimseler bir takım kimselerin mallarını va kanlarını iddia edeceklerdi. Şu kadar var ki, davacıya düşen delil getirmektir, inkâr edene düşen de yemindir."* Nevevî, *er-Erb'aîn.*

3- *el-Bedâyi,* VI, 164; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 231; *Bidayetü'l-Müctehid,* II, 274; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 325; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 142; *el-Mühezzeb,* I, 316 vd.; *el-Muğnî,* IV, 39 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 336.

olur ve mürtehin "Telef oldu" deyip her hangi bir sebep belirtmeyecek olursa, mezhep imamlarının ittifakıyla yemin etmesi ile birlikte mürtehinin sözüne itibar edilir; çünkü o emin (kendisine güvenilen) bir kimsedir. (1)

Telef olduktan sonra merhunun kıymetinin ne kadar olduğunda aralarında anlaşmazlık olacak olursa, aynı şekilde mürtehinin sözüne itibar edilir. Çünkü *garim* (tazminat ödemek durumunda olan) kişi odur. (2)

Şayet merhunun rehin bırakıldığı günkü kıymetinin miktarı ya da rehnin aslının mevcut olup olmadığı konusunda birbirleriyle anlaşmazlığa düşecek olurlarsa, yemini ile birlikte râhinin sözü muteberdir. (3) Rehnin miktarında anlaşmazlık olması halinde olduğu gibi.

c) Merhunun kabzının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda taraflar arasında anlaşmazlık olursa, Hanefî ve Şafiîlere göre yemin ile birlikte râhinin sözüne itibar edilir. Merhunun râhinin elinde olması ile mürtehinin elinde olması arasında da fark yoktur. Çünkü aslolan rehnin lâzım olmayışı ve kabz hususunda onun izin bulunmamasıdır.

Hanbelîler şöyle der: Bu kabz konusunda anlaşmazlık hâlinde merhun kimin elinde ise, onun sözü kabul edilir. Şayet râhinin elinde bulunuyorsa, onun sözü kabul edilir; çünkü aslolan kabzın olmamasıdır. Eğer mürtehinin elinde bulunuyor ise, onun sözü kabul edilir; çünkü zahire göre o bir hakkı karşılığında bunu kabzetmiştir. Eğer kabz konusunda izin olup olmadığı hususunda anlaşmazlık olursa, râhin "Sen bu merhunu benim iznim olmadan aldın" diyecek olursa, rehin lâzım olmaz. Şayet mürtehin; "Ben bunu senin izninle aldım" derken, mürtehinin elinde bulunmakta ise, o takdirde râhinin sözü kabul edilir. Çünkü o böyle bir sözü inkâr etmektedir. (4)

d) Rehnin telef olduğu vakit hususunda aralarında anlaşmazlık olup mürtehin "Çalışma esnasında telef oldu" derken, râhin de: "Çalışma dışında telef oldu" diyecek olursa, Hanefîlere göre mürtehinin sözü kabul edilir. Çünkü böyle bir sözü inkar eden odur; ancak delili getirmek de râhine düşer. (5)

e) Hanefîler şöyle der: Merhunun türünde ihtilaf edecek olsalar ve râhin: "Rehin bıraktığım bu değildir" deyip mürtehin de: "Yanımda rehin bıraktığın budur" diyecek olursa, mürtehinin sözü kabul edilir. Çünkü kabzeden odur. (6) Eğer merhunun satıldığı bedel miktarında anlaşmazlık meydana gelirse, yine mürtehinin sö-

1- *el-Bedâyi,* VI, 154; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 375; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 260; *Muğni'l-Muhtâc,* I 138; *el-Mühezzeb,* I, 319; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 340.

2- Aynı yerler; *el-Muğnî,* IV, 398; *el-Bedâyi,* VI, 174.

3- *el-Bedâyi,* VI, 174; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 142.

4- Aynı kaynaklar; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 321.

5- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* I, 364.

6- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 347.

züne itibar edilir. Semen-i misil ile satılıp satılmadığı hususunda da durum böyledir. Çünkü merhun artık satıldığı için rehin olmaktan çıkmış ve bu husus, onun bedeline intikal etmiştir. Râhin bu bedelin (tazmin edilmesi gereken miktarın) fazlalığını ileri sürerken, mürtehin bunu inkâr etmektedir. Dolayısıyla muteber olan mürtehin sözü olur. (1)

f) Malikîler şöyle der: (2) Rehnin nasıl bırakılacağı konusunda râhin ile mürtehin arasında anlaşmazlık olsa, mesela râhin: "Bir yed-i eminin yanında bırakılsın" derken, mürtehin de: "Yanımda bırakılsın" dese yahut da durum bunun aksi olsa, rehnin bir emin kimsenin yanında bırakılmasını isteyenin sözü kabul edilir.

SULH

1. Tarifi, Meşruluğu, Türleri ve Küknü

Tarifi: Sulh sözlüktc "anlaşmazlığın kesilmcsi ve sona erdirilmesi" demektir. Şcr'î ıstılahta ise "aradaki anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için yapılmış bir akit"dir. (1) Diğer bir ifade ile Hanbclîler şöylc dcr: "İhtilâf cden kişiler arasında uyuşmaya götüren bir akitleşmedir. Çoğunlukla maksada ulaşmak amacı ile karşısındakinin temennisine uyarak müddeâbih (ileri sürülen hak)den en azı ile ancak gerçekleşebilir." (2)

Burada kastedilen sulh, Müslümanlarla kâfirler arasındaki sulh olmadığı gibi, imam (İslâm devlet başkanı) ile buğât (meşru İslam devleti otoritesine karşı çıkanlar) arasında yapılan veya anlaşmazlık hâlindc karı-koca arasındaki sulh de olmayıp, insanlar arasındaki muamclelerdeki sulhtür.

Meşruluğu: İnsanlar arasında sulh yapılması ırºnduptur. Hakimin hasım taraflara sulhü teklif etmesinde bir mahzur yoktur. Ancak sulh yapmaya onları mecbur etmez ve mecburiyet hissini vcrecek şekilde de ısrar etmez. Sadece hakkın taraflardan birisine ait olduğu kendisi için açıkça ortaya çıkmadığı sürece onları sulhe teşvik eder. Hakkın kimin olduğu onun için bcsbclli ortaya çıkarsa hak sahibinin lehine hükmünü infaz eder. Sulh Kitab, sünnet vc icma ile meşrudur. (3)

Kitaptan delili yüce Allah'ın karı ile koca arasındaki sulhün meşruiyyetinden söz ederken geçen: *"Şayet bir kadın kocasının uzaklaşmasından (yatağını terk et-*

1- *Tekmiletü-Fethu'l-Kadîr* VII, 23; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 29; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 493; *Muğni'l Muhtâc,* II, 177; *Hâşiyetü'l-Buceyremî ale'l-Hatib,* II, 70.

2- *el-Muğnî,* IV, 476; *Gâyetu'l-Mühtehâ,* II, 118.

3- *el-Mebsût,* XX, 123; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 177; *el-Muğnî,* IV, 476; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 378; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye;* 337.

mesinden, nafakasında ihmal göstermesinden)yahut yüz çevirmesinden korkarsa, sulh ile aralarını düzeltmelerinde her ikisine de bir vebâl yoktur. Sulh daha hayırlıdır." (Nisâ, 128)ayetindeki *"sulh daha hayırlıdır"* şeklinde varit olan ifadedir.

Meşru olduğunun sünnetten delili ise hem *merfû* hem de Hz. Ömer'e *mevkuf* olarak gelen Peygamber (a.s.)'in şu sözüdür: *"Bir haramı helâl, bir helâli de haram kılanı müstesna, sulh Müslümanlar arasında caizdir."* Bu hadisi İbni Hibbân rivâyet etmiş ve *sahih* olduğunu kaydetmiştir. [1] Bir haramı helâl kılan sulha misal, şarabın helâl olduğu üzerinde sulh yapmak; bir helâl'in haram kılınmasına misal de ikinci hanımı ile ilişkide bulunmamak üzere kocanın diğer hanımı ile sulh yapmasıdır.

İcmaya gelince: İlim adamları sulhün meşruluğu üzerinde icma etmişlerdir. Çünkü sulh, aradaki anlaşmazlık ve ayrılıklara son verme özelliğinden dolayı akitler arasında en faydalı olanlarındandır. [2] Çoğunlukla sulh, ancak hakkın bir kısmını elde edebilmek için müdarat (diğer şahsın rızasına uygun davranma) yolu ile daha aşağı bir seviye üzerinde anlaşarak gerçekleşir.

Türleri: Sulh Müslümanlarla harb ehli arasında, zimmet akdi ile antlaşma ile veya emân ile olur. Bağy ehli (meşru İslâm devletine isyan edenler, ile adl ehli (meşru İslâm devleti tarafında olanlar) arasında; aralarında anlaşmazlık çıkmasından korkulduğu zaman karı ile koca arasında yahut kadının kocasının kendisinden yüz çevirmesinden korkması hâlinde; davalarda davalılar arasında olur, malî konulardaki davalarda da yine davalılar arasında olur. İşte burada ele alacağınmız sulh budur. Malikîler sulhü iki kısma ayırmışlardır: Birisi borcu düşürme ve borçluyu ibrâ etme sulhu olup mutlak olarak caizdir; birisi bir bedel üzerine anlaşılarak yapılan sulhtür, bu ise harama götürmesi hâli müstesna caizdir. Bunun hükmü alışverişin hükmü gibidir. Malî konularda sulh iki kısımdır: Birisi müddeî ile müddeaaleyh (davacı ile davalı) arasında cereyan eder; ikincisi ise davacı ile yabancı kişi, yani davalının dışındaki bir başka kişi arasında cereyan eder. Bu iki kısmın her birisi de üç türlüdür:

a) Davalının ikrarı ile birlikte sulh: Bu şöyle olur: Bir kişi bir başka kişi üzerinde bir hak iddiasında bulunur ve davalı bu iddiayı kabul eder, sonra müddeî ile hakkında iddia yapılan şeyin yerine meselâ, iddia edilen evden başka bir malın ayn'ı veya iddia edilen ayndan başkasının menfaati üzerine sulh yapar. Meselâ belirli bir süre bir yerde hizmet etmek veya bir eve yerleşmek veya iddia edilen meselâ evin dörtte biri üzerinde sulh yapmak gibi bir şekilde sulh yapar. Bu müslümanların

1- Tirmizî: "Bu, *hasen* bir hadistir" demiştir. Vedîa bahsinde bu hadısin Ebu Hureyre'den gelen Ebu Dâvud, Hâkim ile İbni Hibbân'daki rivayetinin tahrîci yapılmış idi. Ayrıca Amr b. Avf'tan Tirmizî, İbni Mâce ve Hâkim'deki rivayetin tahrîcini de yapmış bulunuyoruz. bk. *Nasbu'r-Râye,* IV, 112; *et-Telhisu'l-Habîr,* 249; *Neylü'l-Evtâr,* V, 254.

2- Bu bakımdan aradaki ayrılık ve anlaşmazlıkları kaldırmak için yalan söylemek mübâh kılınmıştır.

ittifakı ile caizdir. [1]

Böyle bir sulh eğer mal karşılığında, mal üzerinde gerçekleşirse, yani iddia edilen *ayn*'ın dışında bir şey üzerinde olursa, meselâ kilim yerine bir elbise üzerinde sulh yapılırsa bu bir alışveriş gibidir. Çünkü böyle bir sulhta alışveriş manası vardır. Zira alışveriş malın mal ile mübadelesidir ve akit yapan tarafların karşılıklı rızası ile cereyan etmektedir, burada da bu söz konusudur. Eğer bu bir akar ise şuf'a bunda cereyan eder, ayb (kusur) sebebiyle reddedilir; şart muhayyerliği de onun hakkında sabittir. İvazın veya bedelin bilinmemesi böyle bir akdi ifsat eder. Çünkü bu anlaşmazlığa götüren bir bilgisizlik olur. Dava edilen şeyin bilinmemesi böyle değildir, çünkü o sulh yapılınca düşer. Ayrıca bedelin teslimine kadir olmak da şarttır.

Şayet -meselâ mal karşılığında bir evde sâkin olmak gibi bir menfaat üzere sulh gerçekleşirse bu da icare hükmünü alır. Çünkü bunda icare manası vardır. İcare ise mal karşılığında menfaatlerin temlîk edilmesidir. Akitlerde itibar onların taşıdıkları manaya olduğundan bunda vaktin tayini de şart olur; akit icare müddeti içerisinde akdi yapan taraflardan birisinin ölümü ile batıl olur. Bu da bir icâre akdi olduğu için aynı hükme tâbidir.

b) Davalının inkârı ile birlikte sulh: Davacının davalı tarafından bilinmeyen bir hakk iddiasında bulunmasıdır. Bir kimsenin bir başka kişi üzerinde bir hakkının olduğunu iddia edip davalının bunu kabul etmeyip inkâr ettikten sonra iddia ettiği hakkın bir kısmı karşılığında onunla sulh yapması gibi. Bu, insanlar arasındaki anlaşmazlıklarda çoğunlukla görülen bir hadisedir. Malikî, Hanbelî ve Şafiîlere göre bu caizdir, Şafiîler ile İbni Ebî Leylâ'ya göre caiz değildir. [2] Bunun caiz olduğunu kabul edenlere göre caiz olmasının bir takım şartları vardır. Davacı yaptığı bu iddianın doğru olduğuna, davalı da üzerinde böyle bir hakkın bulunmadığına inanmalı; bununla birlikte aradaki anlaşmazlığı ortadan kaldırmak maksadıyla ona bir şeyler vermiş olmalıdır. [3]

İnkâra rağmen sulh şöyle olur: Sulh taraflarından birisi ikincisine karşı filan evin tümünde meşrû bir hak sahibi olduğunu iddia eder, ancak davalı bunu kabul etmez; bunun üzerine davalıdan bu konuda hak sahibi olunmadığına dair yemin ister. Ancak davalı yemin etmemek, davalaşmayı sona erdirmek ve anlaşmazlığa son vermek maksadı ile bir mal karşılığında bu iddiasına karşılık onunla sulh yapmayı uygun görürse, üzerinde iddiada bulunulan (müddeâbih) karşılığında sulh yapar. Bununla birlikte böyle bir iddianın doğruluğunu da kabul etmez, batıl olduğuna

1- *el-Mebsût,* XX, 139, *el-Bedâyi,* VI, 40; *Tekmiletü Fethu'l-Kadîr,* VII; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 30 *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 290; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 309; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 177; el-Mühezzeb, I, 333; *el-Muğnî,* IV, 482; *Gayetü'l-Münteha,* II,118; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb,* II, 163; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye, 338.*

2- Adı geçen kaynaklar; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 179 vd.; *el-Muğnî,* IV, 476.

3- *el-Muğnî,* IV, 478; *Gâyetü'l-Mühtehâ,* II, 120.

inanır, bu sulh anına kadar ve ondan sonra da bunu inkârda ısrar eder, buna rağmen ona belirli bir meblağı öder, o da bunu meşrû bir surette kabzederse bu, söz konusu suha örnek bir şekildir. [1]

Birinci grubu teşkil eden cumhur yüce Allah'ın: *"Sulh daha hayırlıdır."* (Nisâ, 128) âyeti ile Hz. Peygamber'in: *"Bir haramı helâl kılan veya bir helâlı haram kılanı müstesna sulh müslümanlar arasında caizdir."* hadisinin taşıdığı umumi ifadelerdir. Bu ifadeler nas ile hususî kılınan hariçbütün sulhlerin meşru olduğunun delilidir. Efendimiz Ömer (r.a.) şöyle demiştir: *"Davalılar birbirleriyle sulh edinceye kadar davalarını reddediniz. Çünkü mahkemece verilen hüküm, aralarında kin tohumları eker."* Ebu Hanife ise şöyle demiştir: *"Sulhun en caiz şekli, inkâra rağmen yapılanıdır."* Çünkü böyle bir sulh tarafların anlaşmazlık ve çekişmelerine son verme sonucunu doğurur.

Şafiîlerle İbni Ebî Leylâ'nın delili ise, böyle bir sulhu şuna kıyas etmeleridir: Koca hanımıyla hul' yaptığını inkâr etse, sonra da her hangi bir şey karşılığında hanımı ile sulh yapsa, bu sulh sahih olmaz. Diğer bir delilleri de şudur: Eğer müddeî davacı bu iddiasında yalancı ise,davalı malını kendisine helâl kılmış demektir. Halbuki o mal ona haramdır. Şayet iddiasında haklıysa kendisi için sabit olmayan bir hak üzere ivaz (bedel) almayı kabul etmiştir, böyle bir ivazlaşma ise sahih olmaz; tıpkı başkasının malını satmakta olduğu gibi. Çünkü sulh karşılıklı muavaza (bedel alıp verme) akdidir. Bu durumda ise taraflardan birisinin bedeli bulunmadığından batıl olmuştur; kazf haddi üzere sulh yapmak gibi. Dinimizde ise böyle bir sulh davacının ivazsız olarak aldığı malı batıl yolla yemek olduğundan bu Peygamber (s.a.)'in: *"Bir haramı helal kılan veya bir haramı helâl kılan sulh müstesnâ"* buyruğundaki istisnanın kapsamına girmiş olur ve eğer böyle bir durumda davalı anlaşmazlığı sona erdirmek maksadıyla mal verecek olursa, onun verdiği bu mal rüşvet olur.

Ancak bu kanaatleri tartışılmıştır. Birinci grup, inkâra rağmen sulhun, bu hadis-i şerif ile istisna edilen kısmın kapsamına girdiğini kabul etmezler. Çünkü bu hadis-i şerifte yasak kılınan husus sulhun, haram olan bir şeyi haramlığı devam etmesine rağmen helâl kılmasıdır. Meselâ, hür bir kimseyi köleleştirmek yahut da mahrem birisini helâl kılmak üzere yapılan sulhte olduğu gibi veya şarap ve domuz karşılığı sulh yapılmışsa yine böyledir. Diğer taraftan davacı kendisi için sabit olan hakkı herhangi bir yolla alabilir.

Davalı ise, kendisinden sorumluluğu ortadan kaldırmak, anlaşmazlığa son vermek ve kendisini seviyesizlikten, hâkimin meclisinde bulunmaktan muhafaza etmek maksadıyla böyle bir davayı bertaraf eder. Çünkü şerefli ve erdemli kişilere mahkemeye çıkmak ağır gelir ve bunlar bu gibi şeylerin zararlarını defetmeyi kendilerinin en önemli menfaatleri arasında mütalaa ederler. Şeriat ise, kendi nefisleri-

1- *el-İfsâh*, I, 174.

ni koruyup muhafaza etmelerini engellemez. Mallarını feda ederek kötülükleri kendilerinden uzaklaştırmalarını yasaklamaz. Davacı ise verilen bu malı kendisi adına sabit olan hakkın bir ivazı (karşılığı) olarak alır. O bakımdan şeriat onu da men etmiyor. Bu şeyi almaktan; ister hakkının türünden olsun, isterse de hakkının başka türünden olsun, ister hakkı miktarında, ister ondan daha aşağı olsun alıkoymaz.

c) Davalının susması halinde yapılan sulh: Davalının böyle bir iddiayı ne kabul ne de reddetmesidir. Her hangi bir kimsenin bir başka kişinin yanında bir hakkının bulunduğunu iddia etmesi, öbürünün de ne kabul ne de reddederek susması, ondan sonra da bu hakkın karşılığında sulh yapmasıdır. Cumhura göre bu da caizdir. İbni Ebî Leylâ da cumhurla aynı fikirdedir. Şafiîlere göre ise caiz değildir. Her bir tarafın delili ise, bundan önceki inkâra rağmen sulh konusunda zikrettiğimiz delillerdir. Şafiîler susan kimsenin hükmen inkâr ettiğini kabul ederler; o bakımdan böyle bir kimseye inkâr edene yapılan muamelede bulunulur derler. (1)

Özet olarak geçen üç tür sulh, Hanefîlere göre caizdir. Böyle bir sulh ile sulh bedeli üzerinde davacının mülkiyeti sabit olur; davalının her hangi bir şeyi geri isteme hakkı kaybolur. Çünkü sulh yasaklanmış bulunan çekişmeyi ortadan kaldıran bir sebeptir. Yüce Allah da: *"Çekişmeyiniz."* (Enfâl, 46) buyurduğundan, sulh meşru bir uygulamadır. Sükût veya inkâra rağmen sulh, Hanefîlere göre davalı için yeminden kurtulmak ve anlaşmazlığa son vermek maksadı ile yapılır. Çünkü kendi kanaatine göre o, elinde bulundurduğu malın sahibidir. Davacı için ise sulh, bedel alma anlamını taşır. Çünkü davacı kendi iddiasına göre, hakkının yerine bir başka bedel almaktadır. Dolayısıyla her bir tarafa kendi kanaatine göre muamele edilir. (2)

Sulhün İhtiva Ettiği Akitler:

Sulh aşağıda sıralanan altı husustan birisini ihtiva eder: (3)

1- Bey' (satış) manasına sulh: Bir kişinin elinde bulunan şeyi kendisine ait olduğunu iddia etmek ve bunun karşılığında bir miktar dirhem veya dinar üzere sulh yapmak. Yani burada sulh, iddia edilen ayn'ın dışında bir şey üzere yapılmıştır ve sulhün bedeli altın veya gümüş olmuştur. Dolayısıyla bu "sulh" lafzı ile yapılmış bir satıştır buna "muavaza sulhu" adı verilir.

2- Hibe manasına sulh: Bir kimse bir başkasının elinde bulunan bir ayn'ın kendisinin olduğunu iddia eder, ondan sonra da onun bir kısmını almak karşılığında onunla sulh yapar, geri kalan ise hibe olur.

3- İcare manasına sulh: Davaya konu olan ayn yerine onun dışında bir menfaat

1- Adı geçen kaynaklar.
2- *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb,* II, 164.
3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 177-179; *el-İfsâh,* I, 169 vd.

karşılığında sulh yapılmasıdır. Belli bir müddet hizmet ve belli bir evde oturmak gibi.

4- İare (ödünç verme) manasına sulh: Davaya konu olan ayn'ın menfaati üzere sulh yapmaktır. Şayet müddet belirlenir ise geçici bir iare olur, değilse mutlak bir iare olur.

5- İbra (hakkından vazgeçme) ve bir miktar düşmek manasına sulh: Bir kişinin zimmetinde alacağı bir miktar dirhem veya dinarların bulunduğunu iddia edip onun bir kısmı karşılığında sulh yapması, diğerlerini de ibra etmesi (almaktan vazgeçmesi) demektir. Meselâ; "Sende bulunan bin dinar yahut dirhem veya buna benzer alacağım karşılığında beş yüzünü alıp diğerlerinden seni ibra ediyorum" demek gibi.

6- Selem manasına sulh: Zimmette sıfatı bulunan bir ivaz, meselâ selem sıfatı ile bulunan bir elbise karşılığında sulh yapmaktır.

Sulhun Rüknü: Hanefîlere göre sulhün rüknü icap ve kabuldür. Davalının: "Filân şeye karşılık şu kadar ile seninle sulh yapıyorum" veya "Şu iddiana karşılık seninle şu kadar üzere sulh yapıyorum" demesi, ötekinin de" Kabul ettim, razı oldum" demesi veya kabul ve rızasına delâlet eden bir ifâde kullanmasıdır. İcap ve kabul bulunursa sulh akdi tamam olur. [1] Cumhura göre sulhun rükünleri dört tanedir: İki akit yapan taraf (sulh yapan kişiler) siga (icap ve kabul), mustalahunanh (anlaşmazlık konusu olan şey) ve musalahun aleyh ve musalahun anh (üzerine anlaşılan sulh bedeli).

2. Sulhün Şartları

Sulh akdinde ya sulh yapan (musalih) veya üzerinde sulh yapılan (musâlahünaleyh) yahut da kendisinden dolayı sulh yapılan (musalahün anh) ile ilgili bir takım şartlar aranır.

Musâlih (sulh yapan)te aranan şartlar : Musalihte aşağıdaki şartlar aranır: [2]

1- Akıllı olması: Delinin ve aklı ermeyen küçüğün sulhu makbul değildir. Çünkü aklın yokluğu ile tasarruf ehliyeti de ortadan kalkar. Ancak bülûğ şart değildir. Dolayısıyla şayet kendisinin açık bir menfaati varsa yahut da bir zararı bulunmuyor ise me'zun (tasarrufuna izin verilmiş) küçüğün sulh yapması sahihtir.

2- Küçük adına sulh yapan musâlih küçüğe açık bir zarar vermemelidir. Küçüğün davalı olması ile velisinin onun adına davacı olması arasında bir fark yoktur. Her hangi bir kimse bir çoğunun üzerinde borcunun bulunduğu iddia etse, babası da yapılan bu iddiaya karşı küçüğün malından sulh yapacak olsa, eğer davacının bir

1- *el-Bedâyi,* VI, 40; *Tekmiletü Fethu'l-Kadir,* II, 23; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 493.
2- *el-Bedâyi,* VI, 40 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* VI, 493 vd.

delili var ve babanın verdiği mal iddia edilenin misli veya insanların benzerinde aldanabileceği kadar bir fazlalık ile olursa bu sulh, caizdir. Çünkü bu şekildeki bir sulhte muavaza manası vardır ve baba *gabn-i yesîr* (az miktardaki bir aldanma) ile küçüğün malından muavazada bulunma imkânına sahiptir.

Şayet davacının bir delili yoksa, sulh caiz olmaz. Çünkü o takdirde sulh, küçüğün malından bedelsiz olarak vazgeçme olur. Bu ise, mutlak bir zarardır, baba bunu yapma imkânına sahip değildir. Şayet baba kendi malından sulh yapacak olursa, caiz olur. Çünkü bununla küçüğe zarar vermiş olmaz, aksine anlaşmazlık konusunu yahut da ona karşı açılan davayı sona erdirdiğinden dolayı ona fayda bile sağlamıştır.

Eğer küçüğün babası küçüğün lehine bir başkası üzerinde bir alacağının olduğu iddiasında bulunsa, davalı da onun bir kısmını indirmek ve geri kalanını da almak üzere onunla sulh yapsa, eğer babanın iddia ettiği şey hususunda meselâ senet gibi bir delili bulunsa, sulh caiz olmaz. Çünkü böyle bir miktarı inmek küçüğün malından bir vazgeçmedir, babanın da bunu yapma hakkı yoktur. Şayet o şeyin kıymetinin misli üzere veya az bir eksiği üzere onunla sulh yaparsa bu sulh caiz olur. Çünkü bu durumdaki sulh satış manasınadır; baba küçüğün adına satış yapma imkânına sahip olduğu gibi sulh yapma imkanına da sahiptir.

3- Küçük adına sulh yapan musalihin, onun malından tasarrufta bulunabilecek baba, dede veya vasi gibi bir kimse olması şarttır. Çünkü sulh, malda bir tasarruftur; dolayısıyla o malda tasarrufta bulunma imkânına sahip olan kimselere hastır.

4- Musalih mürted (dinden çıkmış) olmamalıdır: Bu şart Ebu Hanife'ye göredir ve ona göre mürtedin tasarruflarının mevkuf olması kaidesi dolayısıyladır. Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre ise böyle bir şart söz konusu değildir. Çünkü onların kabul ettikleri kaide, mürtedin tasarruflarının geçerli olmasıdır. Mürted olan kadının sulhu ise, Hanefîler arasında ihtilâfsız olarak caizdir.

Musalahunaleyh (üzerine sulh yapılan bedel) de aranan şartlar:

Kendisi ile ilgili akdin yapıldığı sulh bedelinde aşağıdaki şartlar aranır:

1- Üzerinde sulh yapılan bedelin (musalahunaleyhin) mal olması: (1)

Şarap, leş, kan, harem bölgesindeki ihramlının avı vb. mal olmayan şeyler üzerine sulh sahih değildir. Çünkü sulhte karşılıklı ivazlaşma manası vardır. Dolayısıyla satışlarda bedel olamayan bir şey, sulh bedeli de olamaz.

Üzerine sulh yapılan malın ayn, deyn (borç, alacak) veya menfaat olması arasında bir fark yoktur. Çünkü ivazlı akitlerde ivaz aynda olabilir, deyn veya menfaat de olabilir. Ancak bazı ivazlarda bazı hâllerde kabz şart olabilir. Bu konu ise etraflı

1- *el-Bedâyi*, VI, 42; *Mecmau'd-Damânât*, 390.

inceleme ve açıklamaları gerektirmektedir.

Hanefîlere göre: Davada müddeabih (iddia edilen) ya ayn olur; bu da cins, tür, miktar, nitelik ve hak ediş bakımından tayin edilebilen şeydir; elbise türünden olan urûz, (ticarî mal) arazi ve evler gibi akarlar, çeşitli hayvanlar, buğday ve arpa gibi ölçülen şeyler, demir, bakır gibi tartılan şeyler bunlara misaldir veya borç olur (bunlar ise zimmette nitelikleri belli, fakat tayin edilmeleri muhtemel olmayan nakit, ölçülen, tartılan şeyler, elbiseler, yine zimmette ve nitelikleri belli hayvanlar olabilir.) ya belli bir evin iskân edilmesi gibi bir menfaat ya da ayn, borç ve menfaat de olmayan kısas gibi bir hak olabilir.

Sulh bedeli: Ya bir ayn ya bir borç (deyn) ya da bir menfaat olur. Sulh ya davalının kabulü veya inkârı ya da susması üzere yapılır. Bunları daha önceden de görmüş bulunuyoruz. Şimdi burada her bir duruma dair hükümleri açıklayacağız:

Şayet müddeabih (iddia edilen hak) bir ayn olur ve sulh ikrâr üzere yapılırsa böyle bir sulh caiz olur. Sulhun bedeli ister ayn olsun ister deyn (alacak) olsun, yeter ki, miktar ve niteliği bilinsin. Çünkü böyle bir sulh, her iki taraftan bir satış manasınadır. Bu durumda sulhun bedeli "semen" manasınadır. Bu gibi şeyler de ister ayn olsun ister deyn (alacak) olsun, satışlarda semen olabilirler.

Şayet sulh bedeli mevcut, belirlenmiş ve mülk altında bulunan bir ayn olursa, bu ayn ister ölçülen, ister tartılan, isterse de bunların dışında urûz (ticaret malı) ve hayvan türünden olsun, sulh caizdir.

Şayet sulh bedeli, borç (alacak) olursa, eğer bu, miktar ve niteliği belli, ölçülen veya tartılan bir şey olursa satışta olduğu gibi, sulh caizdir; çünkü bu gibi şeylerin semen olma imkânları vardır.

Eğer sulh bedeli zimmette bulunan bir ve nitelikleri belli elbiseler olursa; selem akdinde görmüş olduğumuz selemin bütün şartlarını taşımadığı sürece sulh caiz olmaz. Miktarın, nitelik ve müddetin belirtilmesi gibi. Çünkü elbiseler ancak selem şartları ile zimmette borç olarak sabit olabilirler. Bu ise ölçülen ve tartılan (mekîl ve mevzun)ın hilâfınadır. Bunlar ivazlı akitlerde mutlak olarak zimmette (alacak olarak) sabit olurlar. Bunların her birisi müddet tayini söz konusu olmasa dahi, semen olabilirler ve mecliste bunların kabzedilmeleri şartı bulunmaz.

Şayet bedel, niteliği belli ve zimmette (bulunan bir) hayvan olursa sulh caiz olmaz. Çünkü hiç bir zaman mal mukabilinde mal, zimmette borç olarak sabit olmaz, çünkü semen olabilme özelliği yoktur.

Eğer müddeabih (iddia edilen şey) bir deyn (borç, alacak) olur ve sulh ikrar üzere yapılırsa:

a) Eğer bu deyn, dinar veya dirhem türünden olur ve bunlar için sulh yaparsa iki durumdan birisi söz konusudur: Ya bunların cinsinden başkası karşılığında sulh

yapacaktır veya bunların cinsi ile sulh yapacaktır.

Birinci durumda, sulhun bedeli belli bir malın ayn'ı olursa sulh caizdir ve bu durumda akit alacağın ayn karşılığı satılması durumunda olur. Eğer sulh bedeli dinar ve dirhem dışında bir alacak olursa, deynin deyn ile satılması üzere ittifak noktasına varılmadığı sürece sulh caiz olmaz.

İkinci durumda, yani deynin türü üzere sulh halinde, meselâ dirhemlere karşılık bir miktar dirhem ile sulh yaparsa; eğer miktar ve nitelik olarak hakkının misli üzere sulh yaparsa; meselâ kaliteli bin dirhem karşılığında kaliteli bin dirhem ile sulh yaparsa, böyle bir sulhun câiz olduğunda şüphe yoktur. Çünkü davacı hakkının aynısını almıştır.

Eğer miktar ve nitelik itibarıyla hakkından daha azı üzere meselâ, kaliteli bin dirhem karşılığında adi beş yüz dirhem ile sulh yaparsa yine böyle bir sulh caiz olur ve davacı hakkının bir kısmını almış, öbür kısmından da davalıyı ibrâ etmiş (aklamış) olur.

Şayet miktar ve nitelik olarak hakkından fazlası üzerine sulh yaparsa, meselâ adi bin dirhem karşılığında kaliteli bin beş yüz dirhem üzere sulh yapacak olursa böyle bir sulh caiz olmaz; çünkü bu bir faiz olur. Zira bu gibi bütün durumlarda kabul edilen kaide şudur: Eğer borçlanma akdi ile kazanılan hak cinsinden bir şey üzere sulh yapılırsabu davacının hakkını alması kabul edilir. Eğer bunu hakkını alma diye kabul etmeye imkan olmazsa muavaza kabul edilir; dolayısıyla muavaza şartları uygulanır. [1]

Son hâlde ise akit bir muavaza akdi kabul edilir. Çünkü bu, bir önceki hâlin tam aksidir. Davacının bu durumda hakkının bir kısmını alıp bir kısmını düşürdüğünün kabul edilmesine imkân yoktur.

Buna göre miktar olarak değil de, nitelik olarak hakkından daha fazlası üzere sulh yaparsa, meselâ adi bin dirhem karşılığında kaliteli bin dirhem üzere sulh yaparsa, sulh caiz olur. O takdirde *sarf akdi*nin şartlarının tatbiki şart koşulur. Hulûl (vadenin gelmesi) veya tekabuz (karşılıklı kabzetme) bu şartlar arasındadır. Eğer kendileri tek mecliste karşılıklı olarak kabzederlerse caiz olur. Çünkü cinsi ile karşılığının verilmesi hâlinde kalitenin kıymeti yoktur. Şayet mecliste kabz gerçekleşmeden ayrılacak olursa, akit batıl olur. Çünkü bu akit, bir sarf akdidir.

Nitelik itibarıyla hakkından fazlası, miktar itibarıyla aşağısı üzerine sulh yapsa, meselâ adi bin dirhem karşılığında kaliteli beş yüz dirhem üzere sulh yaparsa, Hanefîlerdeki zahirü'r-rivayeye göre sulh caiz olmaz. Çünkü kalitesize karşı kaliteli ile sulh yapmak, kalite özelliğine bir bedel vermektir ki bu da caiz olmaz, çünkü ribevî malların cinsleri ile karşılanması hâlinde kalitenin bir kıymeti yoktur. Bunun

1- *Tekmiletü Fethu'l-Kadîr* VII, 41; *el-Mebsût,* XXI, 27; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 41; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 500.

da sebebi hadîs olarak da rivayet edilen şu şer'î kaidedir: *"kalitelisi de kalitesizi de birdir."* (1) Burada akit bir sarf akdidir, bir hakkın alınması değildir. Çünkü kalitesize hak kazanan kimse, kaliteliyi iddia edemez. Eğer akit bir sarf akdi olursa kabul edilen hüküm şudur: Adi bin dirhemi kaliteli beş yüz dirheme satmak caiz olmaz, çünkü bu, bir ribadır.

Özet olarak sulh, her ne zaman davacının hakkının cinsi dirhem ve dinar türünden daha aşağısı ile yapılırsa, hakkın bir kısmını alması geri kalanı da ibra etmek, vazgeçmek demek olur. Şayet hakkının cinsinden daha fazlası ile gerçekleşirse veya borç veya ayn olarak bir başka cins üzere yapılırsa bu, bir muavaza olarak kabul edilir. (2)

Buna göre davacı, vadesi gelmiş alacağı karşılığında miktarı eşit olan vadeli alacağı üzere sulh yaparsa, örnek olarak vadesi gelmiş bin dinar karşılığında miktarı eşit olan vadeli alacağı üzere sulh yaparsa; meselâ vadesi gelmiş bin dinar karşılığında vadeli bin dinar ile sulh yaparsa bu sulh caiz olur; bu borcun ertelenmesi manasına gelir. Şayet sulh önceki durumun tam aksine olursa yine caiz olur ve bu, davacının hakkını alması demektir. Davalı da borcun ertelenmesi hakkını terketmiş olur.

Şayet borç vadeli olur ve alacaklı kişi bir kısmı peşin ödenmek üzere sulh yaparsa, meselâ vadesi gelmemiş bin dirhem karşılığında peşin beş yüz dirhem almak şeklinde yapılan bir sulh caiz olmaz. Çünkü vadeli alacağı olan kimse, peşini hak etmez. Dolayısıyla bunun bir hakkın alınması olarak kabul edilmesine imkân yoktur. Bu durumda böyle bir akit, müddet karşılığında bir muavaza olacağından caiz olmaz. Çünkü müddet bir mal değildir ve ayrıca beş yüzün bine satılması da caiz değildir. (3)

Şayet borcun vadesi gelmişse ve alacaklı ödeme vaktini tayin etmişse meselâ, borçluda borçlanma akdi hükmünce ödeme zamanı gelmiş bin lira alacağı bulunsa ve ona: "Bu gün vermen veya bu gün hemen getirmen şartı ile beş yüz lira ödemen üzere sulh yapıyorum." dese ve o da aynı gün ona beş yüz lira verse, Hanefîlerin ittifakıyla diğer beş yüzden ibra edilmiş. Şayet o gün bitinceye kadar beş yüz lira vermeyecek olursa sulh batıl olur ve eskisi gibi borç bin lira olarak kalır. Bu Ebu Hanife ile Muhammed'in görüşüne göre böyledir. Ebu Yusuf'a göre ise sulh geçerlidir, beş yüz liradan ibra edilmiş olur ve onun üzerinde sadece beş yüz lira boç kalır.

1- Hâfız ez-Zeylaî bu hadis hakkında şunları söylemektedir: Bu hadis *gariptir*, ancak manası Ebu Saîd el-Hudrî'nin hadisindeki mutlak ifadeden anlaşılmaktadır. O da Peygamber (a.s.)'in şu buyruğudur: *"Altın altın ile, gümüş gümüş ile, buğday buğday ile, arpa arpa ile hurma hurma ile tuz tuz ile misli ile ve karşılıklı teslim ile (alınıp satılır). Her kim fazla verir veya fazla isterse o riba yapmış olur. Bunda alan ile veren arasında da fark yoktur."* Bu hadisi Müslim rivayet etmiştir. bk. *Nasbu'r-Râye*, Iv, 37.

2- *el-Bedâyi*, VI, 44; *Tebyinü'l-Hakâik*, V, 42; ed-Dürrü'l-Muhtâr, Iv, 500.

3- *Tekmiletu Fethu'l-Kadir* VII, 42.

Ebu Yusuf'un görüşü şöyle izah edilir: Bu sulh, alacağın bir kısmından ibra edilmesi, bir kısmın peşin ödenmesi şartına bağlanmıştır. İbranın şartlara bağlanması ise sahih olmaz. Şayet hemen ödeme söz konusu olmayacak olursa, açıktan açığa fesih şartı olmadığı sürece akit fesholmaz. Böyle bir sözde ise açıktan açığa fesih şartı bulunmamaktadır. Dolayısıyla borcun bir kısmının düşülmesi sahih olarak kalır.

Ebu Hanîfe ve Muhammed'in görüşü de şöyle açıklanır: Borcun bir kısmının peşin ödenmesi şartı, ödenmeme hâlinde akdin fesholmasının şartıdır ve bu, fesih şartını açıkça belirtmek gibidir. Bir kişinin bir başkasına: "Bu gün ödemen şartıyla bu malı ben sana bin liraya satıyorum, bu gün ödemeyecek olursan aramızda böyle bir satış söz konusu olmaz." demesine benzer. Böyle bir satış caizdir. Çünkü peşin ödeme şartı, feshin şartıdır; akdin şartı değildir. İşte hakkında ihtilâf edilen de buna benzemektedir. Çünkü zımnen veya delâlet yoluyla anlaşılan şey, açık olarak anlaşılan şey gibidir. Dolayısıyla bu şekilde sulh yapan (musalih)ın: "Eğer bu gün peşin ödemeyecek olursan aramızda sulh yok demektir." demiş olması hükmündedir.

Bundan şu anlaşılmaktadır: Eğer alacaklı: "Bu gün ödemen şartıyla sendeki bin lira alacağımı beş yüz kabul ederek sulh yapıyorum; eğer bu gün ödemeyecek olursan senden alacağım bin liradır." dese ve borçlu da o gün bu parayı ödemese, sulhun batıl olacağına ve bin liranın borçlu üzerinde kalacağında Hanefîler ittifak etmişlerdir. Çünkü fesih konusunda açık ifade vardır.

Eğer "Şu anda borcundan beş yüzünü düşmesi şartı ile bir aya kadar ona beş yüz ödemek ve bir aya kadar ödemeyecek olursa bin (lira) ödemek" üzere sulh yaparsa, böyle bir sulh sahihtir. Çünkü bu şimdikinin ibrâ edilmesi ve ibranın feshinin isebir şarta bağlanmasıdır.

Aynı şekilde alacaklı borçlusundan bin liraya karşılık bir kefil alsa ve beş yüzünü inmek üzere onunla sulh yapsa ve kefile de ay başına kadar bu beş yüzü ödememesi hâlinde alacağın tümü olan bin lirayı kendisinin ödemesini şart koşsa, caiz olur ve borçlu bunu ödemeyecek olursa, kefilin ödemesi lâzım olur. Çünkü ay başına kadar beş yüzü ödememeyi bin liralık kefâlete şart koşmuştur.

Şayet kefil her hangi bir şart söz konusu olmaksızın bin lirayı teminatı altında kabul etse, sonra da alacaklı ona: "Ay başında bana beş yüz lira ödemen şartıyla beş yüzünü düştüm, ödemeyecek olursan senin üzerindeki kefâlet bin liradır" diyecek olsa, bu da sahihtir. Hatta birinci durumun şartından daha sağlam bir şarttır. Çünkü burada peşin ödememeyi aktin değil, indirmenin feshi için şart kabul etmiştir.

Eğer alacaklı bin liralık borçlusuna: "Beş yüz lira ödeyecek olursan geri kalandan ibra ettim" dese veya: "Beş yüz lirayı ne zaman ödersen, öteki beş yüzden de ibra oldun demektir." diyecek olsa, sahih olmaz ve yine o, bin lira borçlu kalmaya devam eder. Çünkü burada ibra şarta bağlanmıştır. Geri kalan kısmından ayrıca ibra

etmedikçeborçlu kurtulmuş olmuş. (1)

b) Eğer davaya konu olan şey dirhem ve dinarların dışında bir borç olursa, meselâ bir müd buğday gibi tartılan bir şey olursa ve bundan dolayı sulh yaparsa, bunun iki hâli söz konusudur: Ya onun cinsinden olan üzere sulh yapar veya cinsinden başkası üzere sulh yapar. (2)

Birinci durum: Eğer türünden olan bir şey üzere sulh yaparsa, bunun değişik halleri vardır. Eğer miktar ve nitelik itibarıyla hakkının misli üzere sulh yaparsa, bu sulh caiz olur, kabz şartı yoktur. Çünkü hakkının ayn'ını almış olur.

Şayet miktar ve nitelik itibarıyla hakkından daha aşağısı üzere sulh yaparsa, bu da caiz olur ve bu sulh ile geri kalandan vazgeçmiş kabul edilir, muavaza kabul edilmez. Çünkü bu durumda o, hakkının bir kısmını almış, geri kalanından vaz geçmiş kabul edilir ve kabz şartı aranmaz.

Şayet miktar olarak değil de nitelik itibarıyla hakkından daha aşağısı üzere sulh yaparsa yine caiz olur ve hakkının aynını almış ve müddeaaleyhi de nitelikten ibra etmiş kabul edilir; kabz şartı yoktur.

Eğer miktar ve nitelik itibarıyla hakkından fazlası veya nitelik itibarıyla değil de sadece miktar itibarıyle hakkından fazlasını almak üzere sulh yaparsa bu sulh caiz olmaz. Çünkü bu bir faizdir. Eğer miktar olarak değil de nitelik olarak daha fazlası üzere sulh yaparsa, meselâ adi bir müd buğday karşılığında kaliteli bir müd buğday üzere sulh yaparsa caiz olur ve bu, bir muavaza kabul edilir.

İkinci durum: Şayet hakkının türünden başkası üzere sulh yaparsa, eğer sulh bedeli dirhem veya dinar türünden olursa sulh caiz olur ve akitte bulunanların borca karşılık borç ile ayrılmış olmamaları için kabz şartı aranır.

Eğer sulh bedeli ölçülen şeylerden olup bizatihi belirlenmiş olursa sulh caiz olur ve kabz şartı aranmaz. Şayet zimmette ve nitelikleri belli olursa yine sulh caiz olur. Ancak borca karşılık borç esası üzere ayrılmış olmaktan sakınmak maksadıyla mecliste kabz şartı vardır. Buna göre borca karşılık borç sulhu caiz olmaz. Meselâ bir kişinin birisinden bir müd buğday alacağı olsa ve bir süre sonra ödenmek üzere bir miktar dirhem karşılığında onunla sulh yapsa, bu sahih olmaz. Çünkü taraflar borca karşılık borçla ayrılmış olurlar. (3)

Eğer davaya konu olan, nitelikleri belli ve zimmette bir hayvan olursa; hatâ yoluyla veya şibhü'l-amd (kasten öldürmeye benzer katl) yoluyla öldürmekten dolayı yahut mehir veya hul bedeli olarak zimmette tahakkuk etmişse ve dirhem ve dinar dışındaki ölçülen ve tartılan şeyler üzere sulh yapılırsa bu sulh caiz olup bu bir

1- bk. *el-Bedâyi,* VI, 44 vd.; *Tekmiletü Fethu'l-Kadîr* VII, 42 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 43 vd.
2- *el-Bedâyi,* VI, 45 vd.; *el-Mebsût,* XXI, 26 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 42.
3- *el-Ferâidu'l-Behiyye fi'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye,* 146.

muavaza olur. Borca karşılık borçla akitleşip ayrılmaktan sakınmak için de karşılıklı kabz şartı aranır.

Hayvanın kıymeti veya insanların aldanabileceği miktardan fazlasının kıymeti üzere sulh yaparsa, bu da caizdir. Çünkü hayvanın kıymeti dirhem ve dinardır. Bunlar ise hayvan cinsinden değildir, dolayısıyla onlar üzerinde sulh bir muavaza olur; az veya çok olsun caizdir, kabz şartı da yoktur.

Aynı şekilde hayvan karşılığında zimmette borç olmak üzere bir miktar dirhem üzere sulh yapsa ve akdi yapan taraflar kabz olmaksızın birbirlerinden ayrılsalar, bu sulh caizdir. Borca karşılık borç esası üzere ayrılmış olsalar dahi böyledir. Çünkü burada muavaza manası yoktur; aksine hakkının ayn'ının almak söz konusudur. Çünkü zimmette vacip olan hayvan, her ne kadar borç olsa dahi lâzım (bağlayıcı) bir deyn değildir. Bunun delili de şudur: Üzerinde hayvan borcu olan kimse eğer onun kıymetini getirecek olursa, alacaklı bunu kabule mecbur edilir. Fakat diğer borçlar böyle değildir. Dolayısıyla bu durumda borca karşılık borç esası üzere ayrılma söz konusu olmaz. (1)

Sulh bedeli bir menfaat olursa: Üzerinde sulh yapılanın şartlarından ilki olan sulh bedelinin ayn veya deyn olması hâllerine dair hükümleri zikretmiş bulunuyoruz. Şayet bu sulh bedeli menfaat olursa meselâ, bir kişiden on lira alacağı bulunur ve buna karşılık bir ay süre ile bir evde oturmak veya belli süre atına binmek yahut belli bir süre arazisini ekmek vb. bir menfaat üzere onunla sulh yaparsa bu sulh caiz olur. (2) ve böyle bir sulh, icare manasına sulh olur. Bu sulhün davalının ikrar etmesi inkâr veya sükûtü üzere yapılmış olmasında bir fark yoktur. Çünkü icare, ivaz (bedel) karşılığı menfaati mülkiyetine vermektir. Burada da ivaz vardır. Karşılıklı ivazlaşma, ikrar üzere sulhte açıkça anlaşılan ve görülür. Ancak inkâr üzere sulhte bu ivazlaşma, davalaşmak ve yeminden kurtulmak için yapılır.

Aynı şekilde sükût hâlinde sulhte de böyledir. Çünkü susan kişi hükmen inkâr edicidir.

1- *el-Bedâyi,* VI, 46 vd.

2- Hanefîler şöyle der: *(Tuhfetu'l-Fukahâ,* III, 426): "Nikâhta mehir olmaya elverişli olan (bu ise insanlar tarafından kıymeti olan bir mal olarak kabul edilmesini gerektirir. a.g.e, II, 201) ve mehir olarak tesbiti sahih olan her şeyin sulhta bedel olması da sahihtir. Mehir olamayan ve mehir olarak tayini de sahih olmayan ve nikâhda bu durumda mehr-i misil gerektiren her şeyin de sulhte bedel olması sahih değildir. O takdirde sulh hâlinde vacip olan, öldürme olayında nefsin diyeti ve nefsin dışındaki cinayetlerde ise o cinayetin erş'i (zarar verilen organın diyeti). Hanefîler *(el-Hidâye el-Feth ile-,* II, 407) mehrin şer'an teslimi mümkün olabilen bir menfaat olmasını da caiz kabul etmişlerdir. Bir evde oturmak, bir bineğe binmek veya onun sırtında bir şey taşımak yahut da arazisini ekmek üzere olması gibi. Ancak bu mehrin hür bir kimsenin zevcesine hizmet etmesi şeklinde bir menfaat yahut da Kur'ân öğretmek gibi, ücret haketmeyen her hangi bir şey olması halinde birincisinde erkeğin durumu değiştiği ve hizmetçi olduğu, ikincisinde ise Kur'ân öğretmek bir mal olmadığı için sahih olmaz.

Menfaatler üzere sulh, icare olarak kabul edilecek olursa icarelerin sahih olduğu şeylerle sahih olur; fasit olduğu şeylerle fasit olur. Bu konuda dört mezhebin ittifakı vardır. [1]

2- Üzerine sulh yapılanın şartlarından ikincisi bu bedelin mütekavvim olmasıdır.

Müslüman tarafından şarap ve domuz vermek esası üzere sulh sahih olmaz. Çünkü bunlar Müslüman için mütekavvim (kıymet taşıyan) mal değildir. [2]

Ancak böyle bir durumda sulh, kesinlikle ivaz (bedel) olmaya elverişli olmayan şey üzere yapılırsa sulh geçerli olur ve hiç bir şey de ödemek gerekmez. Çünkü bu sulh yapan tarafların ivazlaşmayı istediklerinin delilidir ve böylece bu sulh, üzerinde sulh yapılan şeyin affedilmiş olduğunu ifade eder.

3- Sulh bedelinin musâlihin (sulh yapanın) mülkü olmalıdır. Bir mal üzere sulh yapsa sonra da davacının elinde iken başkasının onda hakkı olduğu ortaya çıksa, bu sulh sahih olmaz. Çünkü böylelikle onun musalihin mülkü olmadığı ortaya çıkmış olur. [3]

4- Malûm olmalıdır. Çünkü bedelin bilinmemesi anlaşmazlık sonucunu doğurur ve dolayısıyla bu da akdin bozulmasını icabettirir. [4]

Musalahunanh (kendisinden dolayı sulh yapılan konu)ın şartları:

Sulh akdi mahallinde bir takım şartlar aranır:

1- Yüce Allah'a ait bir hak olmayıp insana ait bir hak olması.

Bunun aynî bir mal olması ile deyn olması yahut da kısas ve tazir gibi mal olmayan bir hak olması arasında fark yoktur. [5] Zina, sirkat, şarap içme hadleri karşılığında sulh, bir kimsenin bir zani, hırsız veya şarap içmiş birisini yakalayıp onu hakime götürmek isterken yakalanan kişinin kendisini bırakması karşılığında onunla bir mal üzere sulh yapması sahih olmaz. Böyle bir sulh yapılsa dahi batıldır. Çünkü had, Allah'ın hakkıdır. Karşılığında ivaz kabul etmek ise caiz değildir. Ayrıca böyle bir sulh, bir helâli haram kılmak veya bir haramı helâl kılmak üzere bir sulhtur.

Aynı şekilde bir kimse birisine kazif yapsa ve kendisine kazif haddi gerekse kendisini affetmesi karşılığında onunla bir mal üzere anlaşıp sulh yapsa sahih olmaz. Çünkü böyle bir hadde her ne kadar bir insanın bir hakkı bulunsa bile Hanefî-

---

1- *el-Bedâyi,* VI, 47; *Tekmiletü Fethu'l-Kadîr,* VII, 31; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 310; *Muğni'l-Muhtâc,* II 178; *el-Muğnî,* IV, 483.

2- *el-Bedâyi,* VI, 47 vd.; *Tekmiletü Fethu'l-Kadîr,* VII, 33; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 36.

3- *el-Bedâyi,* VI, 48.

4- *el-Bedâyi,* VI, 48; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 493.

5- *el-Bedâyi,* a.y. *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 37; *Tekmiletü Fethu'l-Kadîr,* VII, 34; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV 493.

lere göre bu hakta galip olan Allah'ın hakkıdır.

Kendisinin aleyhine bir mal konusunda şahitlik yapmak isteyen bir şahit ile aleyhinde şahitlik yapmamak üzere de sulh sahih olmaz; Çünkü şahit şahitlikte bulunmakla Allah için bir hakkı yerine getirmektedir. Allah'ın hakları üzerinde sulh yapmak ise batıldır. Böyle bir akitte bulunan kimsenin almış olduğu malı iade etmesi gerekir. Çünkü o, haksız yere o malı almıştır. Hâkim bunu bilecek olursa, onun şahitliğini iptal eder. Çünkü o bunu yapmakla fâsık olmuş olur. Tevbe etmesi hâli müstesnâdır; o vakit şehadeti kabul edilir.

Tazir karşılığında sulh caizdir. Çünkü bu, insanın hakkıdır.

Aynı şekilde dört mezhebin ittifakıyla nefiste kısas ve nefisten aşağısında azalarda kısasta da sulh caizdir. Çünkü kısas insan hakkıdır. O takdirde sulh caiz olur. Bu sulh bedelinin bir ayn veya bir deyn olması arasında fark yoktur. Ancak bedelin deyn olması hâlinde mecliste kabz şartı aranır ki, borca karşılık borc esası üzere ayrılma söz konusu olmasın. [1]

Bedelin malum veya fahiş olmayan bir şekilde meçhul olması meselâ- elbise, binek veya ev karşılığında sulh yapılması hâlinde bu sulh, caiz olmaz. Çünkü elbise binek ve evler, değişik türleri olan cinslerdir. Türün bilinememesi ise ileri derecede (fahiş) bir bilgisizlik kabul edileceğinden caiz olmasına engeldir.

Bu konuda ölçü şudur: Nikâhta mehir olarak tesmiye (tayin) edilmesinin sıhhatini engelleyen her türlü cehalet (bilgisizlik), kısas karşılığında sulhun sıhhatine de manidir. Mehir olarak tesbitini engellemeyen bilgisizlik ise böyle bir sulha mani değildir. Çünkü sulh ve mehir bedellerinin her birisi mal olmayan bir şey karşılığında bedeldirler. Buna göre eğer bedel, nikâhta mehir olabiliyorsa sulhte de bir bedel olabilir. Eğer cehalet sebebi ile mehir olarak tespiti uygun olmuyorsa mehr-i misil vacip olur. Eğer sulh bedeli olarak tayini uygun olmuyorsa, kısas düşer ve öldürme hâlinde nefis diyeti vacip olur. Nefsin dışındaki kısaslarda ise azaların diyeti (erş) vacip olur. Şu kadar var ki, nikâh ile sulh arasında bir bakıma fark vardır, o da şudur: Şayet kısastan dolayı şarap veya domuz üzere sulh yaparsa kısas düşer ve başka her hangi birşey vacip olmaz. Bu durumda kan, sahibi tarafından da bağışlanmış demektir. Nikâhta ise mehr-i misil vacip olur. Farkın açıklaması şöyledir: "Sulh" kelimesi aftan kinayedir. Eğer kısas dolayısıyla yapılan sulhte mütekavvim (kıymet taşıyan) bir maldan söz edilmeyecek olursa bu, ivaz (bedel) söz konusu edilmeksizin susmak ölçüsündedir. İvaz zikredilmeyecek olursa, bunun anlamı affetmek demektir. Affettikten sonra ise her hangi bir şey vacip olmaz. Nikâhta ise mehrin affedilmesi (bağışlanması) ihtimali yoktur. Çünkü bu konuda susulacak olursa mehir hükmen vacip olur. Zira o, nikâh akdinin zaruretlerindendir. Mehir ancak mal olarak meşru kılınmıştır. Eğer tayin edilen şey mehir olmaya elverişli değilse, akdi ya-

---

1- *el-Bedâyi,* a.y. *el-Mebsût,* XXI, 9; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 35; *Tekmiletü Fethu'l-Kadîr* VII, 32; *eş Şerhu'l-Kebîr,* III, 317; *el-Muğnî,* IV, 494 vd.

pan kişi mehri tespit etmemiş gibi olur. Mehir tespit edilmediği zaman ise mehr-i misil vacip olur.

Sulha gelince: Malın vacip olması sulhün zaruretleri arasında değildir. Her hangi bir şey tayin edilmeksizin affedilecek olursa, hiçbir şey vacip olmaz. (1)

Kısastan dolayı sulh caizdir. Sulh bedelinin diyet miktarı olması ile daha az olması veya daha çok olması arasında bir fark yoktur. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"Her kime kardeşi tarafından bir şey affolunursa* (2) *artık örfe uymak ve ona (diyeti) güzellikle ödemek lâzımdır."* (Bakara, 178) İbni Abbâs der ki: *"Bu ayet-i kerime, kasten öldürmenin cezası karşılığında sulh yapmak hakkında nazil olmuştur."* Ayette geçen "Şey"in adı azı da çoğu da ifade eder. Dolayısıyla ayet-i kerime, kısas dolayısıyla az veya çok şey karşılığında sulhun caiz oluşunun delilidir.

Ancak bu, hata sonucu öldürmek ile şibhü'l-amd (kasten öldürmeye benzer katl)in cezası karşılığında sulhtan farklıdır. Şayet diyet miktarından veya erş miktarından fazlası üzere sulh yaparsa, sulh caiz olmaz. Çünkü erş ve diyet, şer'an bilinen ve fazlası söz konusu olmayan bir miktar ile takdîr edilmişlerdir. Takdir edilen şeye yapılan ilâve riba olur; o da caiz olmaz. Kısasın sulh bedeli ise kısasın bir bedelidir. Kısas bir mal değildir ki, onun bedeli olan malda miktarı tayin edilmiş mala bir fazlalık sözkonusu olabilsin. Yani bu konuda şer'î bir takdir olmadığından riba tahakkuk etmez. (3)

Bilinmeyen Hakka Karşılık Sulh:

Hanefîlerle Hanbelîlere göre üzerinde sulh yapılan şeyin (musalahunanh) malûm olması şart değildir. Bilinmeyen bir şeyden dolayı sulh sahihtir. Bunun ayn veya deyn olması arasında da fark yoktur. Bir kimse bir başkasının üzerinde bir *ayn*'da hak iddia etse, müddeaaleyh de bunu kabul veya reddetse, sonunda bilinen bir mal karşılığı onunla sulh yapsa, bu caiz olur. (4) Çünkü sulh karşılıklı ivazlaşma yoluyla sahih olduğu gibi, ıskat (düşürme) yoluyla da sahih olur. Burada bir hakkın iskatı vardır. Dolayısıyla köle azat etmek ve boşamakta olduğu gibi, meçhulde de sahih olur. Diğer taraftan bilmekle ve hakkın ayniyle edâsı imkânı ile birlikte sulh sahih olduğuna göre; bilmemekle birlikte sahih olması öncelikle söz konusudur. Zira o takdirde sulh caiz olmayacak olsa, servetin zayi olmasına sebep olur. Burada

1- *el-İnâye -Tekmiletü'l-Feth kenarında-*, VII, 33; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 35.

2- Yani, her kime kardeşi tarafından bir şey verilirse; demektir. Ayet-i kerimenin manası şudur: Yüce Allah, veliye bir şey verilecek olursa mârûfa uymasını emretmektedir.

3- *el-Bedâyi'*, VI, 49; *el-İnâye Tekmiletu'l-Feth ile*, VII, 34; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 36; *ed-Dürrü'l Muhtâr*, IV, 497.

4- Yani uzun bir süre iki kişi arasında karşılıklı ilişki ve hesap olup devam eder ve bunlardan her birisi arkadaşına ne kadar borçlu olduğunu bilmezse, aralarında sulh caiz olur. Aynı şekilde bir kişinin üzerinde bir hak bulunur ve bunun miktarını bilmezse bu hak karşılığında da sulh yapması caiz olur.

sulh, bir satış değildir, bir ibradır. Peygamber (a.s.) geçmişteki bir miras dolayısıyla davalaşan iki kişi hakkında şöyle demiştir: *"Paylaştırınız, hakkı arayınız sonra da birbirinize hakkınızı helâl ediniz."* [1] Bu İbni Kudâme'nin de dediği gibi meçhul bir şey dolayısıyla sulh yapmaktır.

Malikîler şöyle der: "Davacının, kendisi dolayısıyla sulh yaptığı alacağının miktarını bilmesi gerekir. Eğer bilinmiyorsa caiz olmaz."

Şafiîler şöyle der: "Meçhul üzerine sulh sahih olmaz, çünkü sulh bir satıştır, meçhul olan bedel üzere satış ise caiz değildir." [2]

2- Kendisi dolayısıyla sulh yapılan (musalahünanh)ın musalihe ait olması gerekir. Eğer ona ait bir hak olmazsa sulh batıl olur. [3]

3- Sulh mahallinde musalihin sabit bir hakkının olması gerekir. Eğer orada sabit bir hakkı yoksa, ondan dolayı sulh yapılması caiz olmaz. Bu durum aşağıdaki hâllerden açıkça anlaşılmaktadır. [4]

- Bir hanım kocası tarafından boşansa, kadın da kocasının elinde bulunan bir küçük çocuğun kendisinden olma oğlu olduğunu iddia etse, erkek her hangi bir kadını nikâhlamadığını söylese, kadın da erkeğin iddiasını reddetse ve kadın, vereceği bir mal karşılığında o erkekle sulh yapsa ve kocanın bu davasından vazgeçmesini sağlayıp her hangi bir şey karşılığında nesep üzere onunla sulh yapsa, bu sulh batıldır. Çünkü nesep çocuğun hakkıdır; kadının hakkı değildir. Dolayısıyla o başkasının hakkı karşılığında ivaz verme imkânına sahip değildir.

- Şüf'a hakkına sahip olan kimse kendisi için vacip olan şuf'a hakkı karşılığında müşteri ile malûm bir mal üzere, meselâ satılan evi müşteriye teslim etmek üzere

---

1- Bu hadisi Ahmed, Ebu Dâvud ve İbni Mâce rivayet etmiştir. Aslı Buharî ile Müslim'de Ümmü Seleme'den rivayet edilmektedir. Şöyle demiştir: *"Resulullah (a.s.)'in yanına aralarında her hangi bir delilleri olmayan, geçip gitmiş mirasa dair bir davadan dolayı iki kişi gelip davalaştı. Resulullah (a.s.) şöyle buyurdu: "Sizler Resulullah (a.s.)'in huzuruna gelip davalaşıyorsunuz. Ben sadece bir beşerim. Olur ki biriniz ötekine göre delilini daha iyi bir şekilde açıklayabilir ve ben de işittiğime göre sizin aranızda hükmedebilirim. Her kime kardeşinin hakkından bir şey hükmedip verecek olursam onu almasın. Ben aslında o kimseye sadece ateşten bir parça kesip vermekteyim, demektir ve onu Kıyamet gününde ateşin kendisi ile kızdırılacağı bir demir hâlinde boynunda getirecektir." Bunun üzerine her iki adam da ağlamaya başladı. Onların her birisi: "Hakkım kardeşimin olsun" dedi. Bunun üzerine Resulullah (a.s.) şöyle buyurdu: "Siz bunu artık söylediğinize göre gidiniz taksim ediniz, ondan sonra hakkı araştırmaya gayret ediniz. Daha sonra her biriniz arkadaşına hakkını helâl etsin."* Yani her biriniz ötekinden kendisini zimmetini ibra etmek suretiyle hakkını helâl etmesini istesin. Bu buyrukta bilinmeyen haktan dolayı ibranın sahih olacağına dair delil vardır. bk. *Neylü'l-Evtâr,* V, 253.

2- *el-Bedâyî,* VI, 49; *Mecmau'd-Damânât,* 388; *Tebyinu'l-Hakâik,* V, 32; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV 493 *el-Muğnî,* Iv, 490 vd.; *el-Mizân,* II, 79; *Hâşiyetü'd-Desûkî,* III, 310.

3- *el-Bedâyi,* a.y.

4- *el-Bedâyi,* a.y.; *el-Mebsût,* XXI, 35; *Mecmaud Dâmânât,* 385.

sulh yapsa, bu sulh batıl olur. Çünkü sulh mahallinde şefî'nin her hangi bir hakkı yoktur. Onun için sabit olan, sadece temellük hakkıdır. Bu da kendisinin velâyetinden ibârettir ve bu, onun için sadece bir sıfattır. Onun bu hakkı sulh mahallindeki her hangi bir sebep dolayısıyla değildir, o bakımdan da o konuda sulh ihtimali bulunmaz. [1] Bu durum kısastan dolayı yapılan sulhten de farklıdır. Çünkü burada sulh mahalli hakkını alma bakımındansahip olunmuş olur.

- Nefse kefil olan kişi, mekfulünleh ile belli bir mal üzere kendisini kefaletten ibra etmek gayesiyle sulh yapacak olsa, bu sulh batıl, kefâlet ise lâzımdır. Çünkü alacaklı olan mekfulünleh namına sabit olan, kefilden mekfulun bih olan şahsın teslimini isteme hakkıdır. Bu da sadece talep velâyetinden ibarettir ve alacaklının bir sıfatıdır. Dolayısıyla onun hakkında sulh caiz olmaz. Çünkü şuf'a hakkına benzemektedir.

- Bir adamın açık bir yol üzerinde bir sundurması veya yola doğru uzanan bir saçağı veya oluğu bulunsa, bir kişi bu konuda ondan davacı olsa ve kaldırılmasını istese, o da bir mal karşılığında bu konuda onunla sulh yapsa batıl olur. Çünkü öyle bir yol, Müslüman toplumun hakkıdır. Onlardan her hangi bir kimsenin bu yolda muteber ve sabit bir hakkı yoktur. O kişinin o yoldan sadece geçiş hakkı vardır ve bunlar yoldan geçenin birer sıfatıdır. Dolayısıyla bu konuda sulh caiz olmaz. Üstelik böyle bir sulhun faydası da yoktur. Çünkü bu sulh ile bir kişinin hakkı sakıt olsa bile, diğerlerinin yine onu oradan kaldırmayı isteme hakları devam eder. [2]

Şayet yol açık olmayan (çıkmaz) bir sokak ise, o sokağın halkından bir kimse bu konuda ondan davacı olsa ve bu sundurma ve benzerini orada bırakmak üzere bir mal mukabilinde onunla sulh yapsa caiz olur. Çünkü bu durumda yol, sayısı belli bir topluluk arasında müşterek bir mülktür. Onlardan her birisinin belli bir parçasında mülkiyetleri bulunduğundan onun karşılığında sulh caiz olur. Böyle bir sulhün de faydası vardır. Çünkü yolun umumî olması hâlinin tersine burada öbürlerinin de sulh yapma ihtimali vardır. Kamuya açık bir yolda bütün insanların sulh yapmaları ise düşünülemez.

- Bir kişi bir başkası üzerinde bir alacağı olduğunu ileri sürse, davalı bunu inkâr etse vedavacının da bu konuda bir delili bulunmasa, davalıdan yemin etmesi istense, o da kendisinden yemin istenmemesi karşılığında onunla sulh yapsa böyle bir sulh caiz olur ve yeminden ibra olur.

- Bir adam meselâ bir kişiden yüz lira alacağı olduğunu iddia etse, davalı bunu kabul etmese ve "Davalı (davalı) yemin etse ondan berî olur." şartı üzere sulh yapsalar; davalı da: "Bu davacının benim yanımda az olsun, çok olsun hiç bir alacağı

1- Yani şuf'a hakkı mülk edinme hakkıdır. Bu ise temellükten önce o yerde sabit olan bir hak değildir. Onun yerine bir bedel almak, o yerde sabit olmayan bir hak karşılığında bir mal almaktır. Bu ise rüşvettir ve haramdır. *el-İnâye, -Tekmiletu'l-Feth ile-,* VII, 38.

2- *el-Bedâyi,* VI, 49; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 183; *el-Mühezzeb,* I, 333.

yoktur." diye yemin etse bu sulh batıl olur ve davacı de davası üzere kalır. Eğer delil getirecek olursa, bu delil sebebiyle hakkını alır. Çünkü: "Eğer davalı yemin edecek olursa berîdir." şeklindeki sözü, ibra olmasını bir şarta bağlamıştır ve böyle bir şart batıldır. Çünkü ibrada temlîk manası vardır; temlikte aslolan ise şarta bağlama ihtimalinin olmamasıdır.

Şayet delili olmaz ve davalıya yemin ettirmek isterse iki durum söz konusu olur:

a) Eğer davalının yemini, hakimden başkasının huzurunda olmuşsa, davacı ikinci bir defa hâkimin yanında onun yemin etmesini isteyebilir. Çünkü önceki yemin muteber bir yemin değildir.

b) Eğer hakimin huzurunda yemin etmişse, ikinci bir defa yemin ettiremez. Çünkü davacının yemin ettirme hakkı bir defa ile yerine gelmiş bulunmaktadır; ikinci bir defa onun üzerine böyle bir şey vacip olmaz.

- Eğer: "Davacı ne zaman yemin ederse dava (davalı) için lâzım olur" esası üzere sulh yapsalar [1], davacı da davası üzere yemin etse, böyle bir sulh batıldır ve davalıya hiç bir şey lâzım olmaz. Çünkü bu malın vücûbunu bir şartabağlamaktır. Bu da bir kumar olacağından batıldır. [2]

- Bir erkek bir kadını nikâhladığını iddia etse, kadın da bu nikâhı inkâr etse ve verdiği bir mal üzere onunla davayı terketmesi için sulh yapsa, böyle bir sulh caizdir. Çünkü nikâh, davacı açısından sabit bir haktır. Dolayısıyla bu sabit bir hak karşılığı sulh olur ve bu hul' manasını taşır. Zira o bu malı kocalık haklarına karşılık bir bedel olmak üzere almıştır. Kadın için de bu mal, davayı düşürmek için verilmiş bir bedeldir. [3]

- Bir erkek bir kadını nikâhlamış olduğunu iddia etse, kadın da bu nikâhı kabul etmese, onun nikâhı altında bulunduğunu ikrâr etmesi için yüz lira üzere sulh yapsalar, o da ikrar etse bu sulh caizdir. Kocanın verdiği bu yüz lira da mehrine yapılan bir ilâve olur. Çünkü onun nikâhı ikrar etmesi sahih olduğuna hamledilir.

- Bir erkek bir kadına: "Benim karım olman şartıyla sana yüz lira verdim" diyecek olsa, kadın da şahitler huzurunda böyle bir evliliği kabul etmiş sayılacağından bu caizdir ve bu ifade nikâhı ilk olarak yapmaktan bir kinayedir.

- Aynı şekilde: "Dün seninle bin lira karşılığında evlendim" dese, o da bunu reddetse ve: "Hayır" dese, erkek de: "Bana nikâhlı olduğunu ikrar etmen için sana yüz lira daha veriyorum" dese, kadın da bunu ikrar etse, bu sulh caiz olur ve kadın bin yüz lira hak eder; nikâh da caizdir. Kadının ikrârı bu nikâhın sıhhatine hamledi-

1- Yani mal davalıya vacip olur (onun ödemesi gerekir).

2- *el-Bedâyi,* VI, 50.

3- *el-Bedâyi,* a.y.; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 37; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 496; *Mecmau'd-Damânât* 385.

lir. (1)

- Bir kadın bir erkeğin nikâhı altında olduğunu iddia etse, o erkek de bunu inkâr etse ve kendisine vereceği bir mal karşılığında onunla sulh yapsa, böyle bir sulh caiz olmaz. Çünkü bu nikâhın ya sabit olması veya olmaması söz konusudur. Eğer sabit değilse, onun kadına ödeyeceği bu mal, rüşvet manasına gelir. Çünkü bu ivazın karşılığında her hangi bir şey söz konusu değildir ve bu iddiayı terketmesi için ona bu malı vermiş bulunmaktadır. Eğer böyle bir nikâh sabit ise, böyle bir sulh ile ayrılık sabit olmaz. Çünkü böyle bir ayrılık türünde ivazı kadının kendisinin vermesi gerekir, kocanın değil. Çünkü erkek ayrılık hâlinde ivaz vermez, dolayısıyla kadının alacağı bu mal her hangi bir şeyin karşılığı olan bir ivaz olmayacağından caiz olamaz. Fakat bu iddiada erkek bulunsa, sulh caiz olur ve sulh onun açısından hul' manasına gelir. Çünkü onun iddiasına göre nikâh mevcuttur ve kadın açısından da öyle bir iddiayı defetmek için böyle bir dava açılmıştır. (2)

- Bir kimse bir başkası üzerinde bin lirasının bulunduğunu iddia etse, davalı bunu kabul etmese, davacı davalı ile bin lirası olduğunu ikrar etmesi şartı ile yüz lira üzerinde sulh yapacak olsa, bu sulh batıldır. Çünkü davacı bin lira alacağı bulunduğu iddiasında ya doğru söylemektedir yahut da bu iddiasında yalancıdır. Eğer doğru söylemekte ise davalının bin lira ödemesi gerekir ve bu durumda buna karşılık onu alması rüşvet manasını taşır, ve bu haramdır.

Şayet bu iddiasında yalancı ise, müddeaaleyhin bin lira borçlu olduğunu ikrâr etmesi baştan beri bunları iltizam etmesi demek olur ki, bu da söz konusu değildir. (3)

- Bir kişi bir başkasının yanında bir vedîa, ariyet, müdarebe veya bir icare malı olduğu iddiasında bulunsa, emaneti bulunduran kişi de de: "Ben bunu sana geri vermiştim" yahut "Telef oldu" dese, davacı onu yalanlayıp: "aksine onu sen telef ettin" diyecek olsa, sonra da bir mal üzere sulh yapsalar, bu sulh Ebu Yûsuf'a göre batıldır, Muhammed'e göre sahihtir.

Muhammed'in görüşünün izahı şudur: Bu sulh sahih bir dava ve tevcih edilen bir yemin üzere yapılmıştır; o bakımdan sahih olur.

Ebu Yûsuf'un görüşünün izahı da şöyledir: Davacı bu davada kendi kendisi ile çelişmektedir. Çünkü vedî malikin güvendiği kimsedir. Eminin sözü ise kendisine emniyet edenin sözü demektir. Dolayısıyla onun böyle bir davayı reddi veya telef olduğunu haber vermesi, mudi tarafından yapılan bir ikrâr demek olur. Bu ise kasdî telef iddiasında mudi'nin sanki kendisini çelişkiye düşürmesidir; çelişkiye düşmek

1- *el-Bedâyi*, VI, 51.

2- *el-Bedâyi*, VI, 50; *Tekmiletu'l-Feth, el-İnâye ile-*, VII, 35; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 37; *el-Kitâ. ma'a'l-Lübab*, II, 165.

3- el-Bedâyî, VI, 51.

ise, davanın sıhhatine manidir. Şu kadar var ki, onun yemin etmesi istenir. Ancak bu davayı def için değildir. Çünkü dava batıl olduğu için zaten kendiliğinden geçerli değildir; fakat bu o itham altına kendi kendisini soktuğundan yemin etmesi istenir. Dava sahih olmayınca sulh da sahih olmaz. [1]

Ayb (Kusur)'ı Kabullenme Üzerine Yapılan Sulh:

Bir kişi bir şey satın alsa ve kusurlu olduğunu görse, satıcı bu kusur sebebiyle ona vereceği her hangi bir şey veya ödediği bedelden bir miktar düşme üzerine sulh yapsa; eğer satılan şey satıcıya iade edilmesi caiz olanlardan veya kusurun karşılığında bir bedel istemek hakkı olabilen şeylerden ise sulh caizdir. Çünkü kusur sebebiyle sulh, sulh mahallinde sabit bir hak dolayısıyla yapılmış bir sulhtür, o hak da mebînin (satılanın) kusurdan uzak olma niteliğidir. [2]

Şayet müşterinin satılan malı iade etme hakkı veya kusur sebebiyle bir bedel alma hakkı yoksa, meselâ o şeyi satsa veya iade etmeyi caiz kılan eski kusurunun dışında müşterinin yanında yeni bir kusur meydana gelse veya asıldan doğan ayrı bir fazlalık olsa bu durumda sulh caiz olmaz. Çünkü böyle bir şey, her hangi bir karşılığı olmaksızın bir mal almaktır; ondan dolayı da caiz değildir.

Kusur sebebiyle sulh caiz olduğu takdirde ve kusur ortadan kalksa ve meselâ atın gözünde beyazlık şeklinde bir kusur bulunsa, sonra bu beyazlık ortadan kalksa, artık sulh batıl olur ve satıcı sulh mukabili yaptığı ödemeyi geri alır. Çünkü satılan şeyin kusurdan uzak olma niteliği tekrar geri dönmüştür. Dolayısıyla daha önceden verilen ivaz (bedel) iade edilir ve müşterinin bu konudaki hakkı da ortadan kalkar.

Şayet müşteri satılan şeydeki bir kusurun varlığını ileri sürüp iddiasını kuvvetlendirse, satıcı da sözü geçen kusurdan ve her türlü kusurdan kendisini ibra etmek üzere onunla sulh yapsa, böyle bir sulh caizdir. Çünkü kusur dolayısıyla yapılan ibra, mebî'deki kusursuzluk niteliğinden bir ibra ve bir iskat demektir.

Aynı şekilde müşteri her hangi bir kusur sebebiyle şikâyette bulunmasa, fakat satıcı her türlü kusur dolayısıyla bir mal üzerinde sulh yapsa, bu sulh da caizdir. Çünkü müşteri her hangi bir kusur ileri sürmese dahi, onun böyle bir davada bulunma hakkı vardır. Böyle bir hakkı iptal için sulh caizdir.

Müşteri körlük ve yara gibi bir takım ayıp (kusur) türlerinden şikayet etse satıcı da bunun üzerine onunla sulh yapsa bu sulh caiz olur. Çünkü her türlü kusur dolayısıyla sulh caiz olduğuna göre, tek kusur dolayısıyla da caizdir. Bir başka kusur ortaya çıkacak olursa, bu konudan dolayı da müşterinin dava açma hakkı vardır. Çün-

---

1- *el-Bedâyi,* VI, 50.

2- Dikkat edilecek olursa bu sulh, fazlalığın caiz olduğu normal satışlarda caizdir. Ancak bu satış ribanın cereyan ettiği şeylerde olursa her hangi bir şey mukabilinde sulh caiz olmaz. Çünkü bu bir takım fazlalıkların verilmesi sonucunu doğurur ki, bu da ribadır; riba ise caiz değildir.

kü ilk sulh özel bir tür hakkında gerçekleşmişti; başka kusurlar hakkında da ayrıca dava açmak hakkı vardır.

Davacı ve Yabancı Arasında Yapılan Sulh:

Şimdiye kadar davacı ile davalı arasındaki sulhdan sözettik. Şayet sulh, ile aracılık yapan yabancı kişi veya sulhu teberru olarak yapan kişi arasında olursa, bu durumda sulh ya davalının izni veya emri ile yahut da izni veya emri olmaksızın olur.

Eğer sulh davalının izni ile olursa sulh sahih olur. Bu durumda musalih (sulh yapan kişi), davalının vekili olur. Sulh ise vekâlet ile olabilecek işlerdendir. Sulh sonucu ödenmesi gereken malın, vekil tarafından değil davalı tarafından ödenmesi gerekir. Sulhün ikrar veya inkâr üzere yapılmış olması arasında fark yoktur. Çünkü sulh konusunda vekil olan kimseye akdin hakları rücu etmez. Mal müvekkile lâzım olur vekile değil. Ancak vekilin, sulhun bedelini davalı yerine teminatı altına alması hâli bundan müstesnadır. O takdirde bu malın sulh akdi gereğince değil de kefâlet ve tazminat akdi gereğince onun tarafından ödenmesi gerekir. [1]

Şafiîlere göre: Yabancı kişi davacıya: "Davalı sulh konusunda beni vekil tayin etti ve o senin iddia ettiğini lehine ikrar edip kabul ediyor" diyecek olsa aralarındaki bu sulh sahih olur. Çünkü muamelâtda vekâlet iddiası makbuldür. Şayet yabancı kişi iddia olunan ayn konusunda kendi adına ve kendi malı ile sulh yapacak olsa ve yabancı kişi davacıya: "Davalı senin iddia ettiğini lehine ikrar edip kabul ediyor" diyecek olsa, yine sulh sahihtir ve böylelikle dava edilen şeyi satın almış gibidir. Eğer davalı bunu kabul etmiyor (inkâr ediyor) ise ve buna rağmen yabancı kişi: "O bu inkârında haksızdır. Çünkü bence sen doğru söylüyorsun, bu bakımdan sen benimle sulh yap" diyecek olsa; eğer dava edilen şey ayn ise, buna gasbedilmişin satın alınmasının hükümleri tatbik edilir. Eğer davalıdan onu alabilme gücü varsa, sulh sahih olur. Alabilmeye gücü yoksa sahih olmaz. Şayet yabancı kişi: "O bu inkârında haksızdır" demeyecek olursa, sulh hükümsüz olur. [2]

Eğer sulh davalının izni olmaksızın yapılmışsa bu *fuzûlî* kimsenin sulhüdür ve bunun beş şekli vardır:

Bu beş şeklin dördünde sulh sahihtir ve bu durumda malı ödemek *fuzulî* musalihe (sulh yapana) düşer ve davalının her hangi bir şey ödemesi gerekmez. Söz konusu şekiller şunlardır:

Birinci şekil: Tazminatı kendisine izâfe etmesidir. Bu ise fuzulînin davacıya: Filân kişi hakkındaki bu davana karşılık olarak bin lira üzerinde ve bu bin lira benim tazminatım altında olmak üzere seninle sulh yapıyorum" demesi veya: Bu bin lira

---

1- *el-Bedâyi,* VI, 52; *Tekmiletü Fethu'l-Kadîr,* VII, 38 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 39 vd.; *el-Kitâb ma'a'l-Lübab,* II, 167.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 181; *el-Mühezzeb,* I, 333.

benim üzerime olsun, demesi ile olur.

İkinci şekil: Malı kendisine izafe edip: "Benim bu bin liram karşılığında veya benim bu malım karşılığında seninle sulh yapıyorum" demesi ile olur.

Üçüncü şekil: Kendi nefsine nispet etmeyecek olsa dahi bedeli tayin ederek: "Bu bini veya metaı ödemeyi üzerime alıyorum." demesi ile olur.

Dördüncü şekil: Tayin etmeden ve kendisine de nispet etmeden bedeli tesbit edip "Bin lira karşılığında seninle sulh yapıyorum" demesi ve bunu ona teslim etmesi ile olur.

Bu dört şekilde sulhun sahih olduğunun delili, yüce Allah'ın: *"Müminler ancak kardeştir, iki kardeşinizin arasında sulh yapın (onları barıştırın, anlaştırın)"* (Hucurât, 15) ve: *"Sulh daha hayırlıdır"* (Nisâ, 128) âyetleridir. Diğer taraftan bu durumlarda başkasının yerine fuzûlî sıfatı ile sulh yapan kişi, başkasının üzerindeki borcu düşürmek suretiyle tebereruda bulunarak kendi aleyhine tasarrufta bulunmaktadır. Sulh, ikrar üzere yapılmışsa başkasının borcunu kendi öz malından ödemektedir. Eğer sulh inkâra rağmen yapılmışsa başkasına karşı davayı düşürmek için teberruda bulunmaktadır. Her iki durumda da teberru caizdir.

Ancak bir şekilde sulh sahih olmaz. Böyle bir sulh, davalının onu geçerli kabul etmesine bağlı kalır. Bu şekil *fuzulî*'nin: "Senin filâna karşı davan sebebiyle bin lira üzerine" veya: "Şu mal karşılığında seninle sulh yapıyorum." demesi ile olur. Bu durumda eğer müddeaaleyh fuzulînin sulhünü geçerli kabul ederse o da geçerlilik kazanır ve davalı üzerine bedeli ödemek düşer. Çünkü sonradan verilen icâzet (geçerli kabul etme), daha önce verilmiş vekâlet seviyesindedir, vekâletin hükmü de böyledir.

Eğer davalı geçerli kabul etmezse, sulh batıl olur. Çünkü bir kimsenin aleyhine yapılan tasarruf, onun izni ve geçerli kabul etmesi olmadan sahih olmaz. [1]

Bütün bu hükümler yabancı bir kimse tarafından yapılan hul' (boşanmaya razı olma karşılığında istenen bedel)e de tatbik edilir:

Eğer zevcenin hul'u kocanın veya kadının izni ile olmuşsa hul' yapan kişi, vekil olur ve bu durumda sulh yapılan malı kocaya ödemek vekile değil, kadına düşer. Çünkü bu durumda hul' yapan bir elçi ve asîl namına konuşan bir kimsedir. Bu bakımdan akdin haklarından her hangi bir şey ona dönmemektedir.

Şayet hul' izinsiz yapılmışsa ve eğer fuzûlî tarafından hul'un bedeli ödenecek olursa veya: "Karın ile, benim tarafımdan ödenmek üzere, şu kadar lira mukabilinde hul' yap" veya: "Bu eşyama mukabil hul' yap!" ya da: "Şu bin liraya mukabil hul' yap" ya da: "Şu eşyaya mukabil hul' yap" diyecek olsa, bu sulh sahih olur ve bu durumda o malı fuzulînin ödemesi gerekir. Asîle rücu etme hakkı da yoktur; o, bu du-

1- *el-Bedâyi,* VI, 52; *Tekmiletü Fethu'l-Kadîr,* VII, 40; Tebyînu'l-Hakâik, V, 40.

rumda teberruda bulunan bir kişi yerindedir.

Eğer *fuzûlî* kocaya: "Şu kadar karşılığında karını hul' yap." dese o da: "Hul' yaptım." diye cevap verse, bu durumda hul' kadının geçerli kabul etmesine bağlı olur. Eğer geçerli kabul ederse, hul' sahih olur ve bu durumda o bedeli ödemek fuzulîye değil de kadına düşer. Eğer geçerli kabul etmeyecek olursa, hul' batıl kalır ve talak vaki olmaz.

Aynı şekilde bu hükümler kasden öldürme davasında da yabancı bir kişi tarafından yapılan sulhte de tatbik edilir. Yabancı tarafından kıymete yapılan fazlalık için de tatbik edilir: Eğer bu müşterinin izni ile olmuşsa, fuzulî kişi vekil olur ve bu durumda bu fazlalığı ödemek müşteriye düşer. Şayet müşterinin izni olmaksızın yapılmışsa sulh konusunda açıklamış olduğumuz tafsilata göre olur. (1)

3. Sulhün Hükümleri

Sulhün bir takım hükümleri vardır, bunlar aşağıdaki şekilde sıralanır: (2)

1- Karşılıklı davalaşan kişiler arasında husumet ve çekişmenin şer'an sona ermesi. Artık bundan sonra davaları dinlenmez. Bu sulhün cinsinden ayrılmaz bir hükümdür.

2- Şefî lehine şuf'a hakkı: Eğer dava konusu bir ev, sulh bedeli ise nakit veya başka bir şey olursa, sulh davalının ikrarı üzere yapılmışsa, şefî'nin şuf'a hakkı sabit olur. Çünkü bu durumda sulh, akit taraflarına nisbetle bey' manasında olur. Şayet sulh davalının inkârı üzere yapılmışsa, şuf'a hakkı sabit olmaz. Çünkü böyle bir şey davalıya nisbetle satış manasını taşımaz; aksine husumet (davalaşmak) ve yemini bertaraf etmek maksadıyla malın feda edilmesidir.

Şayet sulh bedeli bir ev olup sulh de davalının ikrarı üzere yapılmışsa, her iki evde de şefî için şuf'a hakkı sabit olur. Çünkü daha önceden de bildiğimiz gibi böyle bir durumda sulh, her iki taraftan satış manasına gelir.

Şayet sulh inkâr dolayısıyla yapılmışsa, sulh bedeli olan evde şefî için şuf'a hakkı sabit olur; dava edilen evde sabit olmaz. Çünkü o ev satılmış kabul edilmez. Zira inkâr üzere yapılan sulh, davacı bakımından bir çeşit muavaza kabul edilir. Davalıya nispetle ise bir muavaza değildir; aksine davanın düşürmesi ve kendisinden yemin etme sorumluluğunu bertaraf etmesidir. Dolayısıyla iddia edilen evin kendisi açısından mebî (satılan şey) hükmü olmaz, dolayısıyla şefî için lehine onu şuf'a ile almak hakkı sabit olmaz.

3- Ayb (kusur) sebebiyle geri verme hakkı ve hak kazanma hükmü: Eğer sulh ikrar üzere yapılmış ise; kusur sebebiyle geri verme hakkı sulh akdinde bulunan ta-

---

1- *el-Bedâyi,* VI, 52.

2- *el-Bedâyi,* VI, 53 vd.; *Tekmiletü Fethu'l-Kadîr,* VII, 29; *el-Mebsût,* XX, 163; *Tebyînu'l-Hakâik,* V 33; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* IV, 494.

raflar için sabit olur. Çünkü böyle bir sulh akdi, satış seviyesindedir.

Şayet inkâr üzere yapılmışsa, davacıya nispetle reddetmek hakkı sabittir; davalıya nispetle böyle bir hak sabit olmaz. Çünkü böyle bir sulh, davacıya nispetle satış makamında olmakla birlikte, davalı için bu durumda değildir.

Bu hükümler, sulh ikrar üzere yapılmışsa ve musalahunanhin (sulh mahallinin, sulh konusunun) bir kısmına hak sahibi olunmuşsa tatbik edilir. Bu durumda davalı üzerinde sulh yapılan ivazın istihkak edilen hisse ile davacıya döner. Çünkü ikrar ile birlikte yapılan sulh satış gibidir. Satışta hak sahibi olmanın hükmü budur. Şayet sulh inkâr veya sükût üzere yapılmış ve üzerinde anlaşmazlık bulunan şey tamamıyla istihkak edilmişse müstahikka karşı dava açar. Çünkü davalının makamına o geçmiştir. Üzerine sulh yapılan bedeli de kimden almışsa ona geri verir. [1] Çünkü davacı davalıya bu bedeli sadece davacının kendisi hakkındaki davasını bertaraf etmek için vermiştir. Eğer başkasının hak sahibi olduğu ortaya çıkacak olursa, onun her hangi bir husumetinin (kendisi ile ilgili bir davasının) olmadığı da ortaya çıkmış olur. Bu durumda o ivaz, davacının elinde maksadının dışında kalmış olacağından onu geri ister. Şayet hakkında anlaşmazlık olan şeyin bir kısmı başkası tarafından istihkak edilmişse, davacı onun payına düşeni geri verir ve bu hisse kadar hak sahibi kişiye dava açar.

4- Sulhün iki çeşidinde de *hıyar-ı ru'yet* ile geri vermek: Çünkü hıyâr (muhayyerlik), davacının için sabit bir haktır. Dolayısıyla sulhün hakkının bir karşılığı olmasını gerektirmektedir.

5- Sulhün her iki türünde de sulh bedeli eğer nakledilebilir bir şey olursa, kabzdan önce onda tasarruf caiz olmaz. Davacı onu satamaz, hibe edemez ve buna benzer tasarruflarda bulunması caiz olmaz. Şayet bir akar olursa, Ebu Hanife ve Ebu Yûsuf'a göre caizdir, Muhammed'e göre caiz değildir. Nitekim bey' (satış) akti ile ilgili bahiste bunları görmüş bulunuyoruz.

Kısasdan dolayı sulh yapılması hâlinde musalihin sulhun bedelini satması veya kabzdan önce ibra etmesi - vazgeçmesi caizdir. Aynı şekilde mehir ve hul'de de satış ve benzeri durumlar caizdir. Çünkü kabzdan önce bir şeyde tasarrufun caiz olmasını engelleyen Bir şeyin telef olması sonucu akdi fesholmaktan muhafaza etmektir. Fesh ihtimali ise kısas hakkında yapılan sulhte beklenebilecek bir şey değildir; çünkü böyle bir sulhun fesh ihtimali yoktur. O bakımdan kabzdan önce sulh bedelinde tasarrufun caiz olmadığını söylemeye ihtiyaç kalmaz.

6- Sulh yapmak üzere vekil olan kişi eğer sulh, muavaza manası taşıyorsa, davalıdan ayrı olarak sulh bedelini iltizam eder (ödemeyi üzerine alır). Nitekim sulh, davacının hakkının türünden bir başka tür üzerinde gerçekleşirse de durum böyle

---

1- *Tekmiletü Fethu'l-Kadîr el-İnâye ile-,* VII, 29; *el-Mebsût,* XX, 149 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 32 34; *el-Kitâb ma'a'l Lübab,* II, 164.

olur. Çünkü o takdirde böyle bir sulh satış gibi cereyan etmiş olur; satışın hakları ise vekile racidir.

Şayet sulh, hakkın *ayn*'ının istifa (tahsil) edilmesi manasına olursa, - bir kimsenin başkasının yanında bin lira alacağı olup beş yüz lira üzerine onunla sulh yapması gibi- bu durumda vekil, eğer tazminatını üzerine almışsa sulh bedelini de üstlenir, şayet tazminatını üzerine almamışsa üstlenmez. Çünkü bu durumda vekil elçi makamındadır, akdin hukuku ona raci olmaz. Eğer tazminatı altına alırsa akit hükmünce değil, kefalet hükmü gereğince akdin hakları onun için lâzım olur. Buna daha önceden işaret etmiş bulunuyoruz.

Özet olarak sulh Şafiîlerin de söylediği gibi eğer ikrar üzere yapılır ve iddia edilen ayn'ın dışında bir şey üzere cereyan ederse, sulh lafzıyla yapılmış bir bey'dir ve onun hakkında bey'in hükümleri sabit olup şuf'a hakkı kusur sebebiyle iade, kabzdan önce tasarruf olmaması gibi hükümler sabit olur. Eğer musalahünanh (kendisinden dolayı sulh yapılan) ile musalahünaleyh (kendisi üzerinde sulh yapılan) riba illetinde ortak olurlarsa da kabzetmek şart koşulur. (1)

4. Sulh Akdini İptal Eden Haller ve Batıl Olduktan Sonraki Hükmü

Sulh akdini iptal eden şeyler şunlardır: (2)

1- Kısas dolayısıyla sulh hâli dışında ikale: Sulh yapanlardan birisi ötekinin ikalesini (feshini) kabul etse sulh fesholur. Çünkü sulhte mala karşılık mal verme manası vardır. Dolayısıyla alışveriş ve benzeri akitler gibi fesh ihtimali de bulunur. Kısasta sulha gelince: Bu kısasın kâtilden tam olarak alınması hususunda bir hakkın iskat edilmesi demektir.

Çünkü bu durumda kâtil affedilmektedir; dolayısıyla talâk ve benzeri işler gibi feshe ihtimali yoktur.

2- Ebu Hanife'ye göre mürted olan kimsenin darü'l-harbe iltihakı veya mürted olarak ölmesi: Bu hüküm, onun tarafından kabul edilen şu kaideye göredir: "Mürteddin tasarrufları ya tekrar İslâma dönünceye kadar ya da darü'l-harbe iltihak edinceye veya ölünceye kadar askıdadır. Eğer İslâma girerse tasarrufları geçerli olur, şayet daru'l-harbe iltihâk eder, hakim de hüküm verirse veya mürted olarak ölür ya da öldürülürse, o takdirde de tasarrufları batıl olur."

Ebu Yûsuf ile Muhammed'e göre mürtedin tasarrufları geçerli kabul edilir.

3- Ayıp veya ruyet muhayyerliği sebebiyle reddetmek: çünkü geri vermek akdin feshedilmesi demektir.

4- Menfaatler üzere sulh yapılmış olması hâlinde müddetin bitmesinden önce

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 177; *el-Mühezzeb,* I, 333.

2- *el-Bedâyi,* VI, 54 vd.; *Tebyinu'l-Hakaîk,* V, 32-34; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddu'l-Muhtâr,* IV 494.

akdi yapan taraflardan birisinin ölmesi: Çünkü menfaatler üzerine sulhte icare (kiralama) manası vardır. İcare ise taraflardan birisinin ölümü ile batıl olur. Aynı şekilde menfaati üzere sulh yapılan şey de telef olacak olursa yine sulh batıldır.

Batıl olduktan sonra sulhün hükmü: Sulh batıl olduğu takdirde davacı, eğer sulh inkâra rağmen yapılmışsa, davasının aslına döner. Şayet sulh ikrar üzere yapılmışsa davacı sadece iddia ettiği şey ile davalıya rücu eder, başkası ile etmez. Çünkü sulh, batıl olduğu takdirde hiç yokmuş gibi kabul edilir ve dava başlangıçtaki hâline döner.

Fakat kısas dolayısıyla sulh yapılmışsa; bu durumda davacı kısas yapılması için değil, diyet almak için katilden talepte bulunur. Menfaatten dolayı sulh hâlinde; eğer süre içerisinde akdi yapan taraflardan birisinin ölmesi ve buna benzer sebepler dolayısıyla batıl olmuşsa; eğer sulh ikrar üzere yapılmışsa davacı henüz elde etmediği menfaat kadar talep eder (hakkının geri kalan kısmını ondan alır.) Şayet inkâr üzere yapılmışsa davacı elde edemediği menfaat miktarında davanın aslına rücu eder. (1)

Terekeden Dolayı Sulh (Tehâruc):

Mirasçının terekedeki hissesi karşılığında sulh yapması sahihtir. O takdirde satış hükümleri tatbik edilir. Böyle bir sulhun adı "muharece"dir. Muharece ise, mirascılardan her hangi birisinin terekedeki hakkından çıkıp payını almaması ve bunun karşılığında terekeden veya bir başka şeyden bir mal alması sureti ile yapılan bir sulh akdidir. Terekenin aynî veya nakdî şeyler olması hâlinde hüküm farklıdır. Şayet tereke akar ve ticarî mallar gibi aynî şeyler olursa, ivazın miktarı ister az ister çok olsun sulh sahihtir. Çünkü bu bir satıştır. Nitekim Osman (r.a.), Abdurrahman b. Avf (r.a.)'ın hanımı ile sekizden birin dörtte biri karşılığında, seksen bin dinar vermek üzere anlaşmıştı.

Şayet tereke altın veya gümüş türünden nakit olur da verilen ivaz (karşılık) tereke malından başka bir cinsten olur ise, ivaz ne olursa olsun, sulh sahih olur; altına karşılık gümüş veya bunun tersi gibi. Çünkü bu bir cinsi başka bir cins ile satmak gibidir, eşitliğe itibar edilmez. Şu kadar var ki, akit meclisinde her iki ivazın (bedelin) kabzedilmesi şartı vardır. Çünkü bu bir sarf akdidir.

Şayet terekede aynî veya nakdî şeyler karışık olup çoğunluk nakdî mal ise bu durumda ivazın, onun terekedeki (nakdî) payından fazla olması lazımdır, ta ki onun payı ile misli arasında bir eşitlik olsun; nakitten fazla olan kısım da da ticarî mallar, akar ve buna benzer diğer aynî şeyler karşılığında olsun. Böylelikle ribaya düşmek önlenmiş olur. Ayrıca altın ve gümüşten payına tekabül eden şeylerde karşılıklı kabz da lazımdır; çünkü bu akit bu miktarda bir sarf akdi olmaktadır. (2)

1- *el-Bedâyi,* VI, 55 vd.; *el-Mebsût,* XXI, 34; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 33; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddu'l-Muhtâr,* IV, 495.

2- *el-Lübâb,* II, 170; *Tekmiletü Reddi'l-Muhtâr,* VII, 2, vd.

Hülâsa, Hanefîlere göre terekenin malûm olması şarttır, ancak tehârucun tamamen hisse miktarı kadar olması şart değildir, çünkü bu bir satış akdidir. Satılan şeyin bilinmesi ise teslimin mümkün olması için bir şarttır ve semenin, satılan şeyin kıymetine eşit olması da lâzım değildir. Fakat tehârücde bulunan kimsenin aldanması korkusuna karşılık terekeden payına düşeni bilmesi gerekir. Aynı şekilde sarf akdi olması hâlinde karşılıklı kabz da şarttır; böylelikle faize düşülmemiş olur.

İBRA

1. Tarifi ve Meşruluğu

Tarifi: İbra, sözlükte, "Bir şeyden tenzih etmek, kurtarmak ve uzaklaştırmak" manalarına gelir. Fıkhî bir terim olarak ise "bir kişinin başkasının zimmetindeki veya başkası yanındaki hakkını düşürmesi"demektir; alacaklının, borçlusunun zimmetinde bulunan borcunu ıskat etmesi gibi. Şayet hak, bir kişinin zimmetinde bulunmayan -şuf'a hakkı ve vasiyet edilen sükna hakkı gibi- bir hak olursa, bundan vazgeçmek ve onu terketmek ibra olarak değerlendirilmez. Bu, katıksız bir iskattır. Buna göre her türlü ibra, iskat olmakla birlikte, her türlü iskat ibra değildir.

İbra her ne kadar iskat manasını da ihtiva etmekteyse de, bunun bir başka manası da vardır; o da temlik etmektir. İbra, borçtan iskat ve borçluya o alacağı temlik etmektir. Her bir mezhep bu iki manadan birisini tercih etmiştir.

Hanefîler [1] temlik manasının kalması ile birlikte iskat manasını tercih etmişler ve buna bağlı olarak a'yân (aynlar) dan ibranın sahih olmadığını kabul etmişlerdir. Çünkü ibrâ bir iskattır. Aynların mülkiyeti ise, iskatı kabul etmez. Her hangi bir kimse kendisinin mülkü olan bir şey üzerindeki mülkiyetini ıskat edecek olursa, bu mülkiyeti sakıt olmaz ve o şey onun mülkü olarak kalmaya devam eder. Satılan şeyden ibra da sahih olmaz. Çünkü bu bir iskattır; aynın iskatı ise sahih değildir. Gasbedilmiş ayn'ın ibrası ise, onun mülk edinilmesinin sebebi olmaz, ancak onun tazminatından bir ibra olur ve o ayn, gâsıbın elinde bir emanet olur. Ancak telef edilmiş mağsup malın kıymetinin tazminat edilmesi hâlinde olduğu gibi, zimmette sahih olan bir borcun ibrası sahihtir. Aynlarla alâkalı davadan ibrâ sahihtir. Fakat borçtan ibranın ikalesi (feshi) ile selemin ikalesi sahih olmaz. Çünkü ibra borcu zimmetten iskat eder. Sakıt olan da bir daha geri dönmez. Çünkü yok

---

1- *el-Bedâi',* V, 203; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 531, *Tekmiletu İbni Abidîn,* II, 328; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye,* IV, 355.

olmuş olur. Müslemünfih (satılan şey) de sakıt olmuş bir borçtur. Borçtan ibra bir teberru sayılır. Çünkü bunda bir temlik manası vardır. İskat şeklinde olsa bile bu böyledir.

Desûkî'nin de açıkladığı üzere Malikîlerce râcih olan görüş (1), ibranın mülkiyetinin nakledilmesi olduğudur. O bakımdan ibra hibe türünden demektir ve kabule ihtiyacı vardır.

İmam Şafiînin yeni mezhebine göre (2) İbra, borçlu kimseye zimmetinde bulunan şeyi temlik etmektir. Eğer hul' gibi bir muavaza muhtevasına sahip ise, her iki tarafın bunu bilmesi gerekir, değilse sadece ibra edenin bunu bilmesi yeterlidir. Meçhul şeyin ibrası batıldır. Bazı Şafiîler ise esah olan ibranın bir iskat olduğudur, demişlerdir.

Hanbelîlerce tercih olunan görüş ise (3) ibranın bir iskat olduğu ve insanı hakkının bir kısmını iskat etmekten veya hibe etmekten alıkoyan bir engel bulunmadığı şeklindedir. Çünkü Peygamber (a.s.) Hz. Câbir'in alacaklılarına borcunun bir kısmını düşmelerini teklif etmiştir.

Meşruluğu: Çoğunlukla kabul edilen hükme göre ibra menduptur. el-Hatîb eş-Şirbînî şöyle demektedir: İbra yapılması istenen bir şeydir. Damân (yani kefâlet)'a aykırı olarak bu konuda genişlik vardır. Çünkü ibra ihsan, iyilik ve sılanın bir çeşididir. Çünkü borçludan hakkın ıskatı manasına gelmektedir. Velev ki, borçlu borcunu ödemekte sıkıntı çeken birisi olmasın. Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Eğer borçlu darlık içinde ise ona geniş bir zamana kadar mühlet (tanıyın); sadaka olarak bağışlamanız ise sizin için daha hayırlıdır; eğer bilirseniz."* (Bakara, 280)

2. İbranın Rüknü

Hanefîlere göre ibranın rüknü sadece ibrayı yapan hak sahibinin yaptığı ve hakkını terkedip ondan vazgeçtiğine açık bir şekilde delâlet eden icaptır. Çünkü onlara göre rükün, kendisi olmaksızın tahakkuk etmeyen şeyin bir parçasıdır. İbranın diğer unsurları olan akit tarafları ve akdin mahalli ise akdin diğer yanlarını temsil etmekte olup rükün değildirler.

Cumhur ise şöyle demektedir: İbranın dört rüknü vardır: İbrayı yapan (mübrî) hak sahibi, borçlu olan mubre (ibra edilen), siga ile mübreünminh (kendisinden ibra edilen; borç, ayn veya hak gibi ibrâ mahalli, ibrâ konusu). Çünkü rükün, bir şeyin kendisine bağlı olduğu her türlü şeydir. Bu, ister onun kapsamına giren bir cüz olsun -ki bu icaptır veya hem icap hem de kabuldür- isterse de onun dışında kalan

1- *Haşiyetu'd-Desûkî,* IV, 99; *el-Furûk,* II, 111.

2- *el-Mahallî ale'l-Minhâc* -Kayyumî ve Amîra haşiyesi ile, II, 326 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 202; el-Eşbâh (Suyûtî), 152.

3- *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 379, 385; IV, 336; *el-Muğnî,* IV, 483.

tarafları, ve mahalli olsun, farketmez.

İbranın kabule ihtiyacı var mıdır?

Malikîlerin dışında kalan cumhurun görüşüne göre [1] ibranın kabule ihtiyacı yoktur. İbra mücerret icap ile akdolur. Çünkü ibra Hanefîlerle Hanbelîlere göre bir ıskattır. Iskatların ise, boşama ve azad etmekte olduğu gibi, ayrıca kabule ihtiyacı yoktur. Kullanılan tabirin ibra lafzı ile olması yahut da borcun borçluya hibe edilmesi lafzı ile olması arasında bir fark yoktur. Bazı Hanefîler, borcun borçluya hibe edilmesi halinde onun da kabulü lazım demişlerse de, meşhur olan birincisidir. Şafiîlerce tercih edilen görüşe göre ibra, -daha önceden de açıklamış olduğumuz gibi-; borçluya zimmetinde olan şeyi temlik etmektir; o bakımdan kabule ihtiyacı yoktur, çünkü ondan maksat ıskattır.

İcabın örneği kişinin: "Sendeki alacağımdan seni ibra ediyorum" yahut: "Seni ondan çözdüm (onu sana helâl ediyorum)" veya "Üzerinden iskat ediyorum, onu sana mülk verdim, onu sana terketim" vb. sözler söylemesidir. *Mecelle*'nin 1561. maddesi şöyle demektedir: "Bir kimse: "Benim filân kişi ile birlikte her hangi bir anlaşmazlığım veya davam yoktur" veya "Benim filân kişi yanında hakkım yoktur" yahut "Filân ile olan davamdan vazgeçiyorum" veya ""Terkediyorum" ya da "Benim onda neyim varsa onu bırakıyorum, terkediyorum" veya "Filândaki hakkımı tamamıyla aldım." diyecek olursa, onu ibra etmiş olur."

Malikîlerde tercih edilen görüş de şöyledir: İbranın kabule ihtiyacı vardır. Çünkü ibra, hibede olduğu gibi mülkün nakledilmesidir; Dolayısıyla borçlu kimseye borcun hibe edilmesinde de olduğu gibi kabul lazımdır. Çünkü bu bir ibradır.

Kabul, ittifakla akit meclisinde olur. Şu kadar var ki, Şafiîler [2], kendi kendisini ibra etmesi için vekil olması hâlinde kabulün, lafzan ve fevren hemen anında yapılmasını şart koşmuşlardır. Velev ki, hakim tarafından yapılmış olsun. Malikî mezhebinin zahirine göre ise, kabulün icaptan sonraya bırakılması caizdir. Onların ifadeleri şöyledir: Her kim kendisine verilen sadakayı kabul ettiğini bir müddet susup belirtmezse, daha sonra onu kabul edebilir.

Hanefîler ibranın kabule bağlı olmadığına dair kanaatlerinden şunu istisna etmişlerdir: Sarf bedellerinden ve selemin resu'lmali (ücre)ten ibrada kabul gereklidir. Çünkü böyle bir ibra hak edilen kabzın ortadan kaldırılması sonucunu verir. Bunun ortadan kalkması ise akdin batıl olmasını gerektirir. Akdin nakzedilmesi hâlinde ise, akdi yapan taraflardan birisinin bunu tek başına yapması söz konusu olmaz. Aksine öteki tarafın da bunu kabul etmesi gerekir. Kabul ederse ibra olur; etmeyecek olursa ibra olmaz. Şayet kabul ile birlikte ibra gerçekleşecek

1- Adı geçen yerler.
2- *Haşiyetü'l-Kalyûbî*, II, 340; el-Eşbâh (Suyûtî), 152.

olursa ibra olmaz. Şayet kabul ile birlikte ibra gerçekleşecek olursa, o zaman sarf akdi de selem akdi de fesh olur. Çünkü her birisinin sıhhatı için şart koşulan kabzetme hususu tahakkuk etmemiştir.

Müslemunfîh'ten veya mebînin (satılanın) semeninden ibraya gelince: Bunun kabul olmadan da olması caizdir. Çünkü müsleminfîh'in veya semenin kabzı şart değildir. Şer'an kabzı vacip olmayan bir borcun ibrası sadece ibra edenin hakkını iskattır, başka bir şey değildir. O bakımdan sadece kendi hakkından ibra etme imkânına sahiptir. [1]

İbranın reddi:

Racih olan görüşlerinde Şafiîler ile Hanbelîler kabule gerek olmaksızın ibranın sadece icap ile tamamlandığı kanaatindedirler. Onlara göre borçlunun reddi ile ibra reddedilmiş olmaz. Çünkü ibra Hanbelîlere göre kısas ve şuf'anın ıskatı gibi bir ıskattır. Şafiîlerde ise ibradan maksat, ıskatın kendisidir. O bakımdan borçlu reddedecek olsa dahi, borcun ibrası sahih olur.

Hanefîlerle Malikîlerin görüşüne göre ise ibra, reddetmekle reddolunur. Bu reddin mecliste olması ile sonra olması arasında fark yoktur; yeter ki bu arada ibra edilen kişi tarafından reddetmeden önce açık bir kabul meydana gelmiş olmasın. Çünkü Malikîlere göre ibranın kabule ihtiyacı vardır; ve ibrada temlik manası vardır. Diğer taraftan Hanefîlerde temlikin manasına riayet etmek gerekmektedir. [2] Temlîk manası bulunduğundan dolayı da ibra reddetmekle reddolunur.

Muteber red ise, mubre (ibra edilen) tarafından veya vefatından sonra onun mirasçısı tarafından yapılan reddir. Hanefîler red ile ibranın reddolmayacağı dört meseleyi istisna etmişlerdir ki, bu meseleler şöyle sıralanır: [3]

1, 2- Havalede ve tercih edilen görüşe göre de kefaletten ibra. Çünkü her ikisinde de ibra katıksız bir iskattır. Bunda mal temliki söz konusu değildir. Katıksız bir iskatın redde ihtimali yoktur. Çünkü sakıt olan şey, yok durumundadır. Eğer muhâl (havale edilen kişi) muhâlunaleyh'i (kendisine havale edilen kimseyi) ibra eder ve o da bunu reddcrse bu ibra reddolunmaz. Eğer alacaklı, kefili ibra eder ve o da bunu reddederse bu da reddolunmaz.

3- Mubre (ibra edilen) mübri'ye (ibra edene) ibra talebinde bulunarak: "Beni ibra et" dese o da onu ibra etse, ondan sonra ibra edilen bu ibrayı reddedecek olsa, reddolunmaz.

4- Eğer mubre daha önceden ibrayı kabul etmişse, bundan sonra reddedecek

---

1- *el-Bedâyi,* V, 203.

2- *el-İnâye -Tekmiletu'l-Feth kenarında-,* 44, *el-Fetave'l-Hindiyye,* Iv, 365, 384; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* Iv, 544; IV, 544; *el-Eşbâh,* (Suyûtî), 152; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 336; Hâşiye tü'd-Desûkî, IV, 99.

3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddu'l-Muhtâr,* IV, 544.

olsa da reddolmaz. Ancak *Mecelle*'nin 1568. maddesinde Hanefîlerin görüşünü esas alarak, kabul ve red ile ilgili olarak şunlar söylenmektedir:

"İbra kabule bağlı değildir, ancak red ile merdud olur; çünkü birisi bir başkasını ibra edecek olursa, onun kabulü şart değildir. Fakat bu ibrayı o mecliste: "Kabul etmiyorum" diye reddedecek olursa, bu ibra merdud olur, yani bu ibranın hükmü kalmaz. Fakat ibrayı kabul ettikten sonra reddedecek olursa, bu ibra merdud olmaz. Aynı şekilde muhalünleh, muhalünaleyhi ibrâ edecek etse yahut da isteme hakkına sahip olan kimse kefili ibra etse, muhalünaleyh ve kefil de bunu reddedecek olursa ibra reddedilmiş olmaz."

3. İbranın Şartları

İbra eden (mübri)de, ibra edilen (mübre)de, ibra sigasında ve ibrâ mahalli yani kendisinden ibra edilen (mübraünminh) de aranan bir takım şartlar vardır:

1- İbra eden (mübri)de aranan şartlar: (1)

a) Teberru ehliyetine sahip olmak: Yani akıl sahibi, bülûğa ermiş, sefihlik veya borç sebebiyle hacir altında olmayan, reşit bir insan olmak. Çünkü ibra alacaklının bir teberrusudur. Zira borçlu tarafından ona mukabil her hangi bir bedel verilmemektedir. Borç sebebiyle hacir altında olmamak şartı, Hanefîlerde fetvaya esas olan görüşe göre ve Ebu Yûsuf ile Muhammed'in görüşü olup, borçlu üzerine hacrin caiz olduğunu kabul etmeleri dolayısıyla verilmiştir ve bu, ibranın nefazının (geçerli olmasının) şartıdır. Borç sebebiyle hacir altında olan kimsenin ibrası, ondan alacaklıların geçerli kabul etmelerine bağlı (mevkuf) olarak sahihtir. Maksat da onların haklarını muhafaza etmektir.

b) İbra ettiği hak üzerinde velâyet sahibi olmak: Bu da ona malik olmak suretiyle yahut da ondan ibra etmek için velâyet verilmiş yahut da alacaklı kimsenin vasîsi olmak suretiyle olur. *Fuzûlî*'nin tasarrufunu geçerli kabul eden kimselere göre, sonradan tasarrufunun geçerli kabul edilmesinin hükmü, daha önceden verilmiş vekâletin hükmü gibidir.

Hanefîlerle Hanbelîlere göre ibra edenin velâyetinde gerçekte olan duruma itibar edilir, zannedilene değil. Babasının hayatta olduğunu zannederek babasının malının bir kısmından ibrada bulunsa ve ibra esnasında onun vefat etmiş olduğu ortaya çıksa, ibra sahihtir. Çünkü ibra bir iskattır ve kendisinden ibra edilen şey, gerçekte kendisinin mülkü olmuştur. Bu da kendisine miras bırakan ölmüş kimsenin hayatta olduğunu zannetmekle birlikte malını satmaya benzer. Şayet ibra Şafiîlerin esah olan görüşlerinde olduğu gibi bir temlik olarak kabul edilecek olursa, böyle bir ibra sahih olmaz.

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 535; *Tekniletu İbni Âbidîn,* II, 328; *el-fetave'l-Hindiyye,* IV, 355; *Murşi du'l-Hayrân,* madde 184, 185, 197, 198; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 98; *el-Kalyûbî* ve *Amîra,* II, 326 III, 159, 162; *Keşşâfu'l-Kınâ,* Iv, 329, 336; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 202; *el-Eşbâh,* (Suyûtî) 152.

c) Rızanın bulunması: İbra eden kimsenin rıza ve ihtiyarı da şarttır. Mükrehin (baskı altında olanın) ibrası sahih olmaz.

İbra İçin Vekâlet Vermek:

Bu konuda özel bir iznin var olması şartı ile ibra için vekâlet vermek sahihtir. Her hangi bir akde izin vermek, ibrada bulunmak için yeterli değildir. Hanefîlere göre ise ibra için kendisine izin verilmiş vekilin de bu konuda başkasına vekâlet vermesi caiz değildir.

İbrada vekâletin sahih olması için Şafiîlere göre [1] müvekkilin borcun miktarını bilmesi yeterlidir. Vekil ile borçlu bu miktarı bilmese de farketmez. Ancak onlara göre ibranın, bir temlik olmasına binaen, mübri'in borçlu olan kişiyi kendi alacağından ibra etmek için vekil tayin etmek sahih olmaz. Tıpkı kendi kendisine satması için vekâlet vermesinde olduğu gibi. İkinci görüşe binaen ise, ibra bir iskat olduğuna göre, kendisini ibra etmek için borçlunun vekil tayin edilmesi sahih olur.

Ölümcül Hastalıkta (marazu'l-mevt) İbrâ:

Birinci şarttan ortaya çıkan fer'î bazı hükümler vardır: Mübri'nin ölümcül bir hastalığa yakalanmamış olması gerekir: Eğer hasta olan kimse bir mirasçısını ibra edecek olursa -bu borç, mirasın üçte birinden az olsa dahi ibra mirasçıların geçerli kabul etmesine bağlıdır. Eğer yabancı birisini ibra edecek olursa ve bu ibra edilen borç, terekenin üçte birini aşıyor ise, üçte birini aşan miktarında mirasçıların kabul etmesine bağlı kalır. Çünkü ibra vasiyet hükmünde bir teberrudur. Eğer hasta kişi, iki borçludan birisini ibra edecek olursa ve onun borçları bütün terekesini kapsıyor ise, ibra geçerli olmaz. Çünkü mirasında öbür alacaklıların hakkı da bulunmaktadır. [2]

2- İbra edilen kişi (mübre)de aranan şartlar:

Hanbelî mezhebi fakihleri ittifakla [3] ibra edilen tarafın bilinen ve muayyen olmasını, meçhul ve müphem olmamasını şart koşarlar. Şayet alacağı bulunan iki kişiden birisini ibra ederek onlara: "Sizden birinizi ibra ettim" diyecek olsa, sahih olmaz. Aynı şekilde: "Bana borcu olan herkes" veya mirasçılarına: "Borçlu olan herkesi ibra ettim" diyecek olsa yine sahih olmaz. Nitekim her bir borçlusunu ibra ettiğini ikrarı da sahih olmaz. Şu kadar var ki, muayyen bir borçlusunu kastetse veya sayılabilecek kadar kimseleri kastedecek olursa ve: "Benim alacağım bulunan

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 222; *el-Eşbâh* (Suyûtî), 152.

2- el-Fetave'l-Hindiyye, IV, 382; *el-İnâye* -Fethu'l-Kadîr kenarında, VI, 281; *Fethu'l-Kadîr,* VII, 23 *el-Kalyûbî* ve *Amîra,* III, 159, 162; *el-Eşbâh* (Suyûtî), 152; *Mecelle,* madde 1570, 1571; *eş-Şer hu'l-Kebîr,* IV, 98.

3- *Câmiu'l-Fusûleyn,* (el-Ezheriyye 1300 H), I, 125; *el-Hirşî,* (Sâdır baskısı), VI, 99; *el-Eşbâh* Suyûtî 152; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 337.

şu kimseleri ibra ettim" dese sahih olur.

Şafiîler ibra edilen borçlunun bilinmemesine rağmen ibranın sahih olmasının illetini, bu ibrada temlik manasının bulunmasına bağlamışlardır. Bilinmeyen kimseye temlik ise sahih değildir. Halbuki ibra, mübri tarafından yapılan bir temliktir; mübreünanh'den bir iskattır. Dolayısıyla ikincisinin değil de birincisinin bilmesi şarttır.

Mecelle 1567. maddede bu şart şu şekilde belirtilmiştir: "İbra edilenlerin bilinen ve muayyen olmaları lâzımdır. Buna göre bir kimse: "Ben bütün borçlularımı ibra ettim veya hiç bir kimsede bir hakkım yoktur." diyecek olsa bu ibrası sahih olmaz. Ama: "Filân mahalle halkını ibra ettim." dese ve o mahallenin halkı muayyen kimseler olsa, sayılabilecek kişilerden ibaret iseler bu ibra sahih olur."

Mübrenin (ibra edilenin) hakkı ikrar etmesi veya inkâr etmesine bakılmaksızın ibra edilmesi sahih olur. Hatta inkâr eden, hakkı inkâr edip yemin etse dahi böyledir. Çünkü Malikîlerin dışında kalan cumhura göre ibra, mücerret icap ile akdolur, kabule ihtiyaç yoktur, borçlu olan kimsenin bunu tasdik etmesine de hiç bir gerek yoktur.

3- İbra konusu olan, ibra edilen (mübra minh)de aranan şartlar: (1)

a) Şafiî mezhebindeki görüşe göre ibra mahallinin malûm olması gerekir. Meçhul bir şeyden ibrâ sahih değildir. Meçhul ise kolaylıkla bilinemeyen şeydir; cins, miktar veya sıfatı bilinmeyen mechulün ibrası batıl olur. Çünkü ibra bir temliktir ve bu da rızaya bağlıdır. Bilgisizlik ile birlikte rızanın olacağını akıl kabul etmez. Şayet mübri, bir kişide alacak olarak bulunan dirhemlerden ibra edecek olursa ve miktarını bilmiyorsa üç dirhemde ibra olur. Çünkü mutemet olan görüşe göre "üç" asgarî çoğuldur.

Ancak onlar şöyle demişlerdir: Meçhul olan şeyden ibra yolu şudur: Bir kimsenin üzerindeki alacağı beş midir, on mudur bilemeyen kimsenin durumunda olduğu gibi, alacağı miktarından fazla olduğundan emin olduğu bir sayı söyler ve meselâ on beş dirhemden onu ibra eder.

Meçhulün ibrasının batıl oluşundan şunu istisna etmişlerdir: Diyet olarak verilecek develerden ibra, niteliği itibarıyla meçhul olsa dahi-sahihtir. Çünkü diyet develerinin yaşı ve sayısı bellidir. Bu bakımdan nitelikleri konusunda, o beldenin çoğunlukla görülen niteliklerine başvurulur.

Vefatından sonra kişiyi ibra edecek olursa, bilinmemekle birlikte sahih olur; çünkü bu bir vasiyettir.

1- *Tekmiletü İbni Âbidîn,* II, 182-183; *eş-Şerhu'l-Kebîr* ma'a'd-Desûkî III, 411; *Muğni'l-Muhtâc,* II 202 vd.; *el-Kalyûbî,* II, 326 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 336.

Cumhur (Hanefî, Malikî ve Hanbelîler) bu şartı ileri sürmemişler ve miktar ve sıfatı itibarıyla bilinmeyenden -bilinmesi zor ve imkânsız olmasa dahi- ibra edilmesini caiz kabul etmişlerdir. Çünkü ibra köle azad etmek ve boşamakta olduğu gibi bir hakkın iskat edilmesi yahut da mutlak olarak bir iskat demektir. Dolayısıyla ibra, bilmekle de bilmemekle de geçerli olur. Alacaklarından birisini ibra ederse, bu ibra sahihtir. Ancak Hanbelîler şöyle demektedirler: "Eğer borçlu, borcun miktarını bilecek olduğunda alacaklının bunu ibra etmeyeceğinden korkarak borcun miktarını gizleyecek olursa ve alacaklı da bunu bilmiyor ise bu borçtan ibra sahih olmaz. Çünkü burada ibra eden aldatılmaktadır ve böyle bir aldatmadan sakınmak mümkündür."

b) Kendisinden ibra edilen şeyin her hangi bir ayn olmaması gerekir. Çünkü aynlar zimmette sabit olmaz. İbra ise bir iskattır. İskatı kabul eden şey ise zimmetler ile alâkalı olan haklardır. Dolayısıyla aynlardan ibra batıl olur. Bir kimse bir kitabı gasbedecek olsa o kitaptan ibra sahih olmaz.

Borçların ibra edilmesi sahihtir. Borç, meselâ develerden oluşan diyet gibi, ayn olsa dahi, yine sahihtir.

Hakların ibrası da sahihtir. Dava hakkından ibra etmek, alacaklının kefili kefaletten ve muhalunaleyhin havaleden ibra etmesi gibi. Çünkü bu kefalet ile havaleden ibra, kefalet ve havale hakkından ibra demek olmaktadır.

c) Kendisinden ibra edilenin ibra esnasında mevcut olması: Var olmadan önce haktan ibra batıl olur; meselâ bir kişiyi vereceği borçtan veya onun adına kendisi için vacip olacak haktan ibra etmek gibi. Buna göre Hanefîler, kadının kocasını gelecekteki nafakadan ibrasını caiz görmezler; aynı şekilde onu boşamadan önce iddet nafakasından ibrasını da caiz görmezler. Çünkü ibra bir iskattır. Gelecekte var olacak şeyi ise şu anda fiilen sakıttır; dolayısıyla onun iskatı kabul etmesi söz konusu değildir.

Vacip oluşundan önce borcun ibrasının sahih olmamasına dair fakihler Peygamber (a.s.)'in şu hadisini delil göstermişlerdir: *"Ancak malik olduğun nikâhta talak söz konusudur ve ancak malik olduğun köleyi azad etmek söz konusudur."* [1] İbra ise bu ikisinin taşıdığı manaya sahiptir.

4- İbra sigasında aranan şartlar:

İbra siğasında ve kendisinde aşağıdaki dört şart aranır: [2]

1- *Hasen* bir hadis olup Ebu Dâvud ve Hâkim şu lafızla rivayet etmişlerdir: *"Ancak (nikâhına) sahip olduğunu boşaması söz konusudur ve ancak mâlik olduğu köleyi azad etmesi söz konusudur."* İbni Mâce ise el-Misver'den: *"Nikâhdan önce talâk olmaz, mâlik olmaktan önce de âzâd etmek olmaz."* lafzı ile rivâyet etmişlerdoir.

2- *Tekmiletu Fethi'l-Kadir* VII, 41, 44 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* IV, 176; *Tekmiletü İbni Âbidîn,* II 330; *el-Fetavâ'l-Hindiyye,* IV, 378, 384; *el-Bedâyi,* VI, 45, 50, 118; *ed-Desûkî,* II, 307; IV, 89, 99,

a) Her hangi bir şarta bağlı olmaksızın geleceğe de izafe edilmeksizin kesin bir ifade ile söylenmiş olmalıdır. [1] Bu Malikîlerin dışında kalan cumhura göre bii şarttır. Bu şekilde tencîz (kesin ifade ile) olmasının şart koşulması, alacaklının borçlusuna: "Sendeki alacağımdan seni ibra ettim." demesi gibi bir ifade ile olur. Çünkü ibrada temlik manası vardır. Temlîklerin ise bir şeye bağlanarak yapılması söz konusu değildir.

Bir şarta talik (bağlı kılmak) ise; eğer fiilen mevcut olan bir şarta bağlı ise bu, kesin hükmündedir. Eğer meselâ; "benim sende alacağım varsa veya ölürsen sen ibra oldun" demek gibi uygun bir şarta bağlı kılınmışsa, bu da ittifakla caizdir. Bunun delili ashaptan olan Ebu'l-Yusr'un alacaklısına: *"Ödeyebilecek imkânın olursa öde, değilse sana hakkımı helâl ediyorum."* demesi ve onun bu şekilde söylemesinin reddedilmemesidir. Yine Hanefîlerin kefaletten veya havaleden ibra konusunda "Alacaklı kefile: "Yarın alacağını ödeyecek olursan sen kefaletten berî olursun" dese ve yarın gerçekten ona bunu ödeyecek olsa, ondan ibra olur" şeklindeki görüşleri de buna benzemektedir.

Şayet ibrayı ölüme talîk ederse, Hanefîlerle Hanbelîlerin görüşüne göre sahih olur. Çünkü bu takdirde vasiyet manasına gelir. Borçtan ibranın vasiyeti ise caizdir.

Şayet ibra bilinen bir şarta talik edilirse, Hanefîlere göre caiz olmaz; bununla birlikte bazı Hanefîlere göre caizdir.

Eğer talik sözü geçen şeylerden başkasına yapılır ise, cumhura göre caiz olmaz. Çünkü ibrada temlik manası vardır. Temlikler ise talik kabul etmez. Talik katıksız iskatlarda meşru görülmüştür.

Malikîler ise ibranın mutlak olarak talikini caiz kabul ederler. Çünkü ibrada ıskat manası da bulunmaktadır.

İbrayı bir şart ile kayıtlamaya gelince: Dört mezhebin ittifakıyla sahih bir şart ile ibranın kayıtlanması caizdir. Sahih olmayan bir şart ile kayıtlamak ise caiz olmaz. Eğer kişiyi muhayyer olmak üzere ibra ederse bu ibra sahihtir; şart ise batıldır. Eğer onu kendisinde bulunan bütün haklarından ibra edecek olursa, muhayyerlik hakkını da kapsamına alır. Ancak muhayyerlik hakkının sakıt olması ile ibra sahih, şart ise batıl olur. Çünkü ibra temlik olması bakımından hibeden daha aşağı seviyededir.

100; *Fethu'l-Aliyyi'l-Mâlik,* I, 229, 322, 335; *el-Eşbâh* (Suyûtî), 152; *el-Mecmû,* X, 100; *el-Kalyûbî,* II, 292; III, 45, 83, 310; IV, 368; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 305, IV, 337; *el-Muğnî,* IV, 483 vd.; V, 564; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 66.

1- *Talik:* Bir şeyin varlığını başka bir şeyin varlığına bağlı kılmaktır. Bu, akdin gerçekleşmesini engeller. *Takyid* ise akdin gerçekleşmesini engellemez, akdin asıl sonuçlarına değişiklik verir. *İzafe:* Hükmün başlangıcını gelecek bir zamana bırakmak demektir.

İbranın geleceğe izafe edilmesi hâline gelince: Ölüm dışında velev bilinen bir vakte kadar dahi olsa, sahih olmaz. Çünkü ibrada aslolan kesin olarak gerçekleştirmektir; ve ibrada temlik manası vardır. Temlikin vakte izafe edilme ihtimali ise yoktur.

Bir kısmının eda edilmesi şartıyla ibraya gelince:

a- Şayet ibra şartsız ve mutlak olarak sadır olursa; zimmetinden bir alacağının bulunduğunu itiraf edip alacaklı da: "Yarısından veya üçte birinden seni ibrâ ediyorum, geri kalanı da bana ver" dese; ittifakla bu, sahihtir. Çünkü böyle bir ibra kesindir, talik edilmemiştir ve bir şart ile de kayıtlı değildir. İbra eden kişi gönül hoşluğu ile hakkının bir kısmını iskat etmiştir ve bunu karşılıksız yapmıştır. Peygamber (a.s.)'in Ka'b'a: *"Alacağının yarısını indir."* dediği sahih rivayetle sabittir. [1]

b- Eğer bu ibra, kalanın eda edilmesi şartına bağlı olarak yapılmış ise, cumhura göre caiz değildir, Malikîlere göre -talikin hükmünde açıklamış olduğumuz gibi- caizdir.

c- Eğer ibrada kalan kısmın eda edilmesi şartı gibi bir kayıt bulunsa, meselâ, kendisinden bin lira alacağı bulunan bir kimseye; "Geri kalanı vermen şartı ile sendeki alacağımdan beş yüz lirayı ibra ediyorum" dese, Hanefî, Malikî ve Şafiîlere göre caizdir; çünkü bu bir kısmın istifası (tahsili), geri kalanın ise ibrasıdır.

Şafiîler ise ibra ve sulh lafızlarının birlikte söylenmesini şart koşmuşlardır; ta ki bu sulh türlerinden bir tür olsun. Ancak ibra lafzına bakılarak kabule de ihtiyacı yoktur.

Hanbelîlere göre bir kısmının eda edilmesi ile kayıtlı olan bir ibra sahih değildir. Çünkü bu, geri kalanı karşılığında hakkın bir kısmından ibra etmektir. Adeta hakkının bir kısmı, öbür kısmının gibi olmaktadır.

Eğer kalan kısmın ödenmesi şartı varsa hüküm böyledir. Şayet geri kalan kısmı hemen ödemek şartı ile bir kısmını ibra edecek olursa Şafiîlerin açıkladığı üzere, sahih olmaz. Çünkü bu, cahiliye dönemi faizine benzer. Eğer borçlunun kendisi böyle bir şart bulunmaksızın borcunun bir kısmını daha erken ödeyecek olursa, alacaklı da bunu alır ve geri kalanından ibra ederse bu sahih olur.

b) Şeriate aykırı olmamalıdır: Meselâ, sarf işinde karşılıklı kabz şartından ibra ve iddetin bekleneceği evde sükna hakkından ibra, küçüğün üzerinde bulunan velâyet hakkından ibra sahih olmaz. Çünkü meşru olan bir şeyi değiştirme sonucunu veren her bir şey batıldır ve hiç bir kimse Allah'ın şerîatını ve hükmünü değiştiremez.

Aynı şekilde ibrânın başkasının hakkının ortadan kalkmasına yol açmaması

1- Bu hadisi Buharî ve Müslim, Ziyad b. Ebu Hadred'den rivayet etmişlerdir.

da şarttır. Boşanmış olan anneden sadır olan *hadane* hakkından ibra etmek gibi. Çünkü bu, hem küçüğün hem de hâdinenin (çocuğu yanında alıp beslemek hakkına sahip annenin) bir hakkıdır.

c) İbra eden bir kimse kendisinden ibra ettiği hakka önceden malik olmalıdır. Çünkü kendisinin verdiği bir vekâlet veya *fuzûlî*nin tasarruflarını sahih kabul eden kimselere göre bir *fuzulîlik* olmaksızın insanın başkasının mülkündeki tasarrufu sahih olmaz. Bu şart üzerinde ittifak vardır. Çünkü fuzulînin tasarrufu, onun kendisini malik göstermesi hâlinde tasarrufunun caiz olduğunu kabul edenlere göre caizdir. Aksi takdirde malik olunmayan şeyi satmak demek olur ki, bu da yasaklanmış bir şeydir.

Hakkın sakıt olmasından ya da edasından yani borcun ödenmesinden sonra ibra, Hanefîlere göre sahihtir. Çünkü hakkın ödenmesi ile sakıt olan isteme hakkıdır, borcun aslı değildir. Çünkü her bir kişinin zimmeti öbürünün borcu ile meşgul olduğu için her iki tarafın isteme hakkı sakıt olur. İki borç ise takas yolu ile sakıt olur. Zira borçlar misilleri ile ödenir. Alacaklı borcun ödenmesinden sonra borçluyu ibra etse, eğer ödemeyi iskat şeklinde ibra etmişse, ödediği miktarı alabilir. Şayet alacağını elde ettiği şeklinde ibra etmişse, borçlu müracaat edemez. İbranın türü ise, mutlak olarak ifade edilmesi hâlinde örf ile bilinebilir. Buna göre bir kimse, bir başka kişinin borcunu teberruan ödeyecek olsa, sonra da iskat yolu ile alacaklı borçlusunu ibra etse teberruda bulunan kişi, ibra edene rücu edip yaptığı teberruyu geri alabilir. Hanefîlerin görüşü budur. Bu konuda Hanbelîler de onlara muvafakat etmişlerdir. [1]

d) İbra, ibra edilen hakkın vacip oluşundan veya sebebinin bulunmasından sonra gerçekleşmelidir: Çünkü ibra, zimmette olanı ıskattır ve bu ancak zimmetin (bu hak ile) meşgul edilmesinden sonra söz konusu olur. Fakihler, sebebin bulunmasından önce ibranın sahih olmayacağı üzerinde ittifak etmişlerdir. Çünkü fiilen sakıt olanın ıskat edilmesinin manası yoktur. Bu durumda ibra sadece bir vaat olur; vaat ise ilzam edici değildir.

Sebebin ortaya çıkışından sonraki ibra hakkında ise görüş ayrılığı vardır. Malikîlerin dışında kalan cumhur, borçtan ibranın sebebin bulunmasından sonra olmasını öngörmüşlerdir. Sebebin varlığından önce ibra sahih olmaz. Çünkü daha önce görmüş olduğumuz: *"Malik olmadığı şeyde talak da yoktur, köle azad etmek de."* manasındaki hadis bunu ifade etmektedir. İbra ise bu iki hususun manasına sahiptir.

Hanefîlere göre misaller: Hakim tarafından takdir edilmeden önce zevceye verilecek nafakadan ibra; yarın satın alınacak şeyin bedelinden ibra vs. Her ikisi de sahih değildir; çünkü sebebin bulunmasından önce yapılmıştır.

1- *el-Kavaid*, İbni Receb, 120.

Şafiîlerin verdiği misal ise, takdir edilmesinden ve zifafdan önce mufavvidanın [1] mehrini ibra etmesi ve boşamadan önce müt'a (boşadıktan sonra yararlanması için kadına verilen birkaç parça mal veya eşya)dan ibra edilmesidir. Çünkü bunlar henüz vacip olmamışlardır. Vacip olmadan önce ibranın sahih olduğu bir şekli istisna etmişlerdir ki, o da şudur: Başkasının mülkünde izinsiz olarak bir kuyu kazsa, oranın maliki ise bu tasarruftan dolayı onu ibra etse veya kuyunun kalmasına razı olsa bu durumda kuyuyu kazan, o kuyuya düşenden sorumlu olmaz. Şayet müşteri satıcıyı kabzdan önce telef olması halinde satılanın tazminatından ibra edecek olursa, azhar olana göre ibra olmaz; çünkü o vacip olmamış şeyden ibra etmiştir.

Malikîler ise sebebin var olmasından önce ibranın sıhhati konusunda farklı iki görüş ortaya koymuşlardır. Sebeb ise, ibra edilen hakkın kendisiyle meydana geldiği tasarruf şeklidir. Meselâ, kadının gelecekteki nafakasından kocasını ibra etmesi böyledir. Bu konuda ercah görüşe göre kadın, bu ibrasına bağlı kalmak zorundadır; yani ibrası sahihtir. Bir diğer misal ise şefînin satın almadan önce şuf'a hakkını iskat etmesidir; ancak bu ıskatın bağlayıcı olup olmadığı hususunda iki görüş vardır.

Bir başka misal, yaralı kimsenin yaranın sebep olacağı sonuçlardan yaralayanı affetmesidir. Mirasçının miras bırakana vasiyette bulunmasını veya üçte birden fazlasını yabancı birisine vasiyet edenin hastalığı esnasında vasiyet etmesini uygun karşılaması ve benzeri durumlar da böyledir. Bu konuda da iki görüşleri vardır.

4. İbra Mahalli

İbra mahalli ya a'yan (aynlar) ya deynler (borçlar, alacaklar) ya da haklardır.[2]

Aynlardan ibra bazan aynın dava edilmesinden ve bazan bizzat aynın kendisinden olabilir.

Aynın dava edilmesinden ibra etmek, aşağıda söz konusu edilecek haklardan ibra kapsamı içerisindedir ve bu ittifakla sahihtir, çünkü bu bir iskat olmaktadır.

Bizzat aynın kendisinden aynların mülkiyetinin ıskat edilmesi manasında ibra ise, ittifakla sahih değildir. Çünkü aynlar -ibra mahallinin şartlarında açıklamış olduğumuz gibi- ıskatı kabul etmezler. Dolayısıyla bizzat onlardan ibra edilmesinin her hangi bir etkisi söz konusu olmaz. İbra edilen, bunları temellük edemez. Aksine bunlar, kimin elinde ise, onun mülkü olarak kalırlar. Elinde bulunduran kimseye temlîk etmek maksadıyla aynlardan ibra sahih olmaz. Onu

1- *Mufavvida,* zifaftan önce kocası ölen ve tayin edilmiş bir mehri olmayan kadındır.
2- *Tekmiletü İbni Âbidîn,* II, 182 vd.; *Reddu'l-Muhtâr ale4d-Dürri'l-Muhtâr,* IV, 495; *ed-Desûkî,* III, 411; *el-Kalyûbi* ve *Âmîra,* IV, 327; *el-Kavâid* (İbni Receb), 119 vd.

eline geçirebilen kimsenin onu alma hakkı da vardır.

Bu tabiri, yani ayndan ibra etme mutlak olarak kullanılacak olursa, Hanefîlerle Şafiî ve Hanbelîlere göre bundan murad, ibradan sonra onu iddia hakkının sakıt olması demektir. Hanefî kaynaklarının bazısında ise, onu iddia etme hakkı kalır, denilmektedir.

Malikîlere göre ise bununla anlatılmak istenen, eğer ibra edilen bunu ortadan kaldıracak olursa, aynın kıymetinin isteme hakkının iskat edilmesidir. Talebin sakıt olması ise, eğer ayn mevcut ise onun üzerinden elini kaldırmakla olur.

Hanefîlere göre gasbedilmiş evde olduğu gibi, tazminat altında olduğu takdirde, bizzat aynın kendisinden ibra etmenin bir başka neticesi vardır ki, o da böyle bir evin tazminatının sakıt olmasıdır. Bu evin fiilen var olması ile telef olması arasında bir fark yoktur. İbradan sonra ayn artık gasbedenin elinde bir vedîa (emanet) gibi olur. Şayet malın ayn'ı duruyorsa ondan ibra, telef olması hâlinde tazmin edilmesinden ibrâ demek olmaktadır. Bu durumda emanet gibi olur ve ancak ona bir tecavüz hâlinde tazmin edilir. Şayet ayn telef olmuşsa ibra onun kıymetinin ibrası demektir.

Emanet olan aynlardan ibrada ise, ibra mahalli yoktur ve onlardan ibra etmenin izah edilecek bir tarafı da yoktur. Çünkü ibra bunlar hakkında söz konusu olmaz. Dolayısıyla hakimin berâetten sonra böyle bir davayı dinlemesi caiz değildir. Mahkeme huzurunda berâet sahih olmakla birlikte, sahibi onu ele geçirecek olursa alır, manasında diyaneten de muteber olmaz.

Zimmetlerde sabit olan borçlardan ibraya gelince: Bu ittifakla sahihtir; çünkü ibranın esası zimmetlerde bulunanı iskat etmektir.

Hakların ibrasına gelince:

a) Eğer bunlar kefalet ve havale gibi sadece kullar için olan haklardan ise ittifakla caizdir.

b) Yüce Allah'ın halis haklarından olan zina haddi, kazif ve hırsızlık haddi gibi hadlerin - Hanefîlerle Malikîlere göre- hakime getirildikten sonra ibra edilmeleri sahih olmaz.

c) Kul haklarının üstün geldiği ta'zir, kısas, diyet, zevceler arasında âdil şekilde muamele (kasm), intifa, ayıp muhayyerliği dolayısıyla fesih ve telef olan malın tazminatının ödenmesi hakları ve buna benzer zimmetlerde sabit olan diğer şahsî haklardan ibra sahih olur. Vefatından sonra borçlunun borçtan ibrası da caizdir. Mirasçının bu ibrayı reddetmesi ile ibranın reddolup olmayacağı konusunda Hanefîler arasında ihtilâf vardır.

Hanefîlere göre iskatı kabul etmeyen hibeden dönmek, vasiyetten dönmek gibi haklardan ibra sahih olmaz. Çünkü bunun caiz olmasında meşru olan bir şeyin

değiştirilmesi söz konusudur. Bu ise hibeden dönme hususunda cumhurun aksine olarak caiz değildir.

Aynı şekilde satılan mal üzerindeki ru'yet muhayyerliğinden ibra sahih olmaz. Vakfta hak sahibi olma ile miras hakkından ibra da sahih değildir.

Şimdi özel bir takım hükümleri olması sebebiyle bazı haklardan ibra etmek ile ilgili hükümleri ele alalım:

1- Zevcenin nafakasından ibra:

Kocasının zimmetinde bir borç hâline gelmedikçe zevcenin nafakadan ibrası ittifakla sahih değildir. Kocanın zimmetinde nafaka tahakkuk etmedikçe kocanın ondan ibra edilmesi sahih olmaz. Çünkü ibra ancak fiilen var olan bir borçtan olur.

Hanefîlere göre hak edilmiş bulunan nafaka ancak hakim kararı veya karşılıklı rıza ile tayin edilmiş ise vacip bir borç olur. Daha önceden tayin edilmiş bulunan ve miktarı kesin olarak tesbit edilmiş nafakadan ibra sahih olduğu gibi, aylık tayin edilmiş olan nafakanın, ayın girmesi ile ibra edilmesi de sahihtir. Senelik tayin edilmişse senenin başlangıcında senenin nafakasından; günlük tayin edilmişse birinci günün nafakasından ibra sahih olur.

2- Karı-koca arasında karşılıklı ibra:

Evliliğin feshi ve buna terettüp eden hakların iskat edilmesi için karı-koca arasında karşılıklı ibra olabilir. Böyle bir ibra yapılırsa, Hanefîlere göre hul'de olduğu gibi bir tek bâin talak ile karısı ondan ayrılır. Bu da kocanın karısına: "Bin dinar karşılığında seni ibra ettim." demesi kadının da: "Kabul ettim." vb. bir söz söylemesi ile olur. Bunun manası: "Bin dinar karşılığında bu evlilikten seninle hul' yaptım." demek olur ve kadının bu durumda ibranın ivazı (bedeli) olan miktarı ödemesi gerekir.

3- Dava hakkından ibra etmek:

Davadan ibra ya umumi veya hususi olur.

Davalaşma hakkının iskat edilmesi suretiyle, genel olarak davadan ibra, ittifakla caiz değildir. Çünkü böyle bir ibra mevcut olanı da olmayanı da kapsar. Vücubunun sebebi bulunmayan şeyden ibra ise batıldır. Ancak iki kişi arasında daha önceden var olan bütün davaları kapsayacak şekilde ibra sahihtir. Bir kimsenin: "Bütün davalarımdan filan kişiyi ibra ettim" veya "Benim onda ebediyyen bir hakkım yoktur" demesi hâllerinde olduğu gibi. (1)

Belirli bir davadan hususi bir ibra ise ittifakla sahihtir, bundan sonra ondan bu konuda böyle bir dava dinlenmez. (2)

1- *Mecelle,* mad. 1565.23- *Mecelle,* mad. 1564.
2- *Mecelle,* mad. 1564.

İbra bazen zımnî (bir şeyin arasında) olarak veya ona tabi olarak hasıl olur ki, bu da ayndan ibra durumunda olur. Hanefîlere göre önceden de açıklamış olduğumuz gibi aynın ya tazminatından ya da davasından ibra demektir.

5. İbranın Türleri

İskat ibrasının değişik bakımlardan kısımları vardır. Kapsamlı olup olmaması açısından hususi ve umumi; zaman itibarıyla geçmiş ve gelecek; sigası itibarıyla da iskat etme ve hakkı tahsil etme ibrası gibi kısımlara ayrılır.

1- Kapsayıcılık açısından ibra:

İbra umumi ve hususi olmak üzere iki türlüdür: (1)

Umumi ibra, bir kişinin bir başka kişide bulunan her türlü ayn, borç ve hakkından ibra etmesidir. Hanefîlerin de açıkladıkları üzere her türlü haktan ibrayı kapsar. Nefs ile kısas ve kazif hakkı gibi hakları; semen ve ücret gibi malî bedellerin ibrasını, mehir, cinayetin erşi (diyeti) gibi malî olmayan bedelleri; gasbedilmiş olanın tazminat altında olmasını yahut da vedia ve ariyet gibi emanet olanları da kapsamı içine alır.

Hususi ibra ise, belirli bir hakkı kapsar. Bunun hükmü o yere mahsus olmasıdır. Eğer özel bir borçtan ibra olursa yalnız o borçtan ibra olur veya bir kişinin bir başkası yanında bulunan alacağının ibra edilmesi gibi umumi bir borcun ibrası şeklinde olursa yine ondan ibra olur. Bir ev, bir ayn veya bir emanetten ibra ile de öbür şahıs berî olmuş olur.

2- Zaman ve kişiler bakımından ibra:

İbranın neticesi zaman itibarıyla geçmişte olan şeyler hakkında söz konusudur. İbradan sonra meydana gelecek borç ve hakları kapsamaz. Çünkü ibranın sahih olması için önceden var olmuş bir sebebin şart olması ittifakla kabul edilmiştir. Kadıhânın Fetvâlarında: "Geçmişteki beraetin (ibra ile kurtulmanın) daha sonra meydana gelecek borçta etkisi yoktur." denmektedir.

İbra edilen kişinin dışında kalana etkisine gelince: Meselâ satanın müşteriyi semenin bir kısmından ibra etmesi gibi, Ebu Hanife ve Malik'in görüşüne göre şefî (şüf'a hakkı olan şahıs) böyle bir ibradan istifade eder ve satıcının alıcıya indirdiği miktar kadar da şefîden sakıt olur. Bu indirilen kısım, akdin aslına iltihak eder.

Hanbelîlerle Şafiîlerin görüşüne göre bu ibra sahihtir ve bundan ancak müşteri istifade eder. Şefî ise ya kıymetin bedelini öder, ya da onu almaz, bırakır. (2)

3- Siğasına göre ibra:

Hanefîlere göre ibra (3) onda kullanılan sigaya göre iskat ibrası ve hakkı alma

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr* ve *Reddu'l-Muhtâr,* IV, 495.
2- *Fethu'l-Kadîr ve'l-İnâye,* V, 271; *ed-Desûkî,* III, 495; *el-Muğnî,* V, 323.
3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr* ve *Reddu'l-Muhtâr,* IV, 176.

ibrası olmak üzere ikiye ayrılır.

İskat ibrasında borç zimmetten düşer. Meselâ; "iskat ettim, düşürdüm, iskat beraeti ile ibra ettim" demek gibi. Bu, borcun tümü veya bir kısmı için olabilir.

İstifa (hakkını alma) ibrasına gelince: Bu da kişinin hakkını ibra edip kabzettiğini ikrar etmesinden ibarettir. Meselâ; "Ben seni istifa ibrâsı ile ibra ediyorum" yahut da: "Artık seni istifadan ibra ettim" demek gibi. Artık bu ifade, bundan sonra o borcun istenmesinin caiz olmadığını ifade eder.

İbra eden alacaklıya başvurma bakımından ikisi arasındaki farka gelince: İbra edilen borçlu, ıskat beraetinde yaptığı ödeme için müracaat edebilmekle beraber, istifa beraetinde rücu edemez ve bu ittifakla kabul edilmiştir. Buna bağlı olarak bir adam karısının talâkını mehirden onu ibra etmesine bağlasa sonra o mehri ona ödese bu talik batıl olmaz. Kadın, kocasını ıskat ibrasıyla ibra edecek olursa, bu durumda talak gerçekleşir ve koca mehri karısından rücu edip alır.

Her ikisinin neticesi bakımından aradaki farka gelince: İskat ibrası borçlara hastır. Çünkü bundaki ibare iskat edildiğini açıkça ifade etmektedir. Aynlarda sahih olmaz. Çünkü onların iskatı sahih değildir. İstifa ibrası ise hem borçlarda hem aynlarda olur. Ziraödediğini ikrar durumu borçlarda olabileceği gibi, aynda da onun sahibine verilmesi yoluyla sözkonusu olur.

6. İbranın ve İbradan Dönmenin Hükmü

İbranın hükmü, yani şartlarını taşıyarak sadır olması hâlinde ona terettüp eden etkileri, ibranın hususi veya umumi oluşuna göre, kendisinden ibra olunan şeydeki hakkın sakıt olmasıdır. Eğer hususi olursa, o hakkın istenmesi caiz olmaz ve ibranın kapsadığı hususta artık onun davası dinlenmez. Şayet umumî olursa, sadır olması esnasında bulunan bütün hakları kapsamına alır, ancak bundan sonra meydana gelecek hakları kapsamaz.

İbra edenin (mübri'nin) ibradan dönmesi ve ondan vazgeçmesi, Hanefîlerle Hanbelîlerin görüşü ile Şafiîlerde tercih edilen görüşe görehibe edilenden mülkiyetin kalkması hâlinde rücu ittifakla makbul olmadığı gibi kabul edilmez. (1)

Kabulden sonra Malikî mezhebinde de ibradan dönme caiz olmaz. Çünkü daha önceden de bildiğimiz gibi mezhebin zahirine göre kabul şarttır. (2) Nitekim hibede de dönme caiz değildir.

İbradan sonra davanın dinlenmemesi şeklinde ibranın sonuçlarından Hanefîler (3) aşağıdaki meseleleri istisna etmişlerdir:

1- *Tekmiletü İbni Âbidîn,* II, 182; el-Eşbâh, (Suyûtî), 152; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 346.
2- *el-Furûk,* II, 111.
3- İbni Âbidîn, *Tenbîhu Zevi'l-Efhâm,* II, 91.

a) İbradan önce yapılmış satışta *damân-ı derek* iddiası: Çünkü her ne kadar ibradan önce satış yapılmış ve bu satış ibranın etkisinin kapsamı içerisinde ise de, damân-ı derek, ondan sonradır. Damân-ı derek ise; satılan aynın kendisinde satıcının dışındakilerin haklarından bulunması veya bilinmesi mümkün olan haklardan mebînin uzak olmasının kabul edilmesi ve satılanda başkasına ait hakkın ortaya çıkması hâlinde bunun sorumluluğunun yüklenilmesi demektir.

b) Kâsırın bâliğ olup babasının terekesinin tamamını kabzettiğini ikrar etmek suretiyle vasisini genel olarak ibra etmesinden sonra ibra esnasında bilmediği bir takım haklarının bulunduğunun ortaya çıkması.

c) Vasinin, insanlardaki bütün malını istifa (tahsil) ettiğini ikrar ettikten sonra, ölünün başka alacaklarının bulunduğunu iddia etmesi.

d) Az önceki şekilde ikrarından sonra mirasçının miras bırakanın alacağının bulunduğunu iddia etmesi.

Bu şekillerin istisna edilmesinin sebebi ise, ibra edenin kendisinden sadır olduğunu iddia ettiği umumi ibra davasında mazur görülebilecek gizli bir tarafın söz konusu olmasıdır.

Dikkat edilecek olursa, ibra sebebiyle iddia hakkının sakıt olması, Hanefîlere göre mahkeme hükümleri ile ilgilidir. Diyaneten değildir. Yani ibra eden kişi hakkını elde edebilecek olursa alır. Şafiîler ise şöyle demektedir: [1] "Dünyada ibra ahirette de ibradır."

Malikîlerin ise bu konuda iki görüşleri bulunmaktadır: [2] Bunlardan zahir olana göre mutlak ibra, dünya ve ahiret hükümlerini de kapsamaktadır. Dolayısıyla sahibi tarafından ibra edilen ve kişi tarafından da inkâr edilen hiç bir hak ile kimse sorumlu tutulmaz. Öbür görüş ise ahirette hasma ait hakkın Allah tarafından istenmesinin sakıt olmayacağı şeklindedir.

Umumi ibradan sonra davanın dinlenmesi:

Önceden de açıklamış olduğumuz gibi, ibradan sonra dava dinlenmez. Ancak Hanefîler [3] bu konuda şu şekilde açıklamada bulunurlar: Eğer umumi ibra borç hakkında olursa, artık bundan sonra ancak ibradan sonra meydana gelmiş borç ile ilgili dava dinlenir. Eğer ibra bir ayndan yapılmış ve ayn'ın davacıya ait olduğunu reddetmekte ise, ondan sonra dava dinlenilmez. Çünkü davacı tarafından yapılan ibra, bu inkâra uygun düşmektedir.

Şayet davalı, o aynın davacının olduğunu ikrar etmekle birlikte davacının ibrasına tutunmakta ise eğer ayn mevcut bulunuyorsa ondan ibra yapıldıktan sonra da

1- *Kalyûbî ve Amîra*, II, 327.
2- *ed-Desûkî*, III, 411.
3- İbni Âbidîn, *I'lâmu'l-A'lâm*, II, 100.

dava dinlenilir. Eğer telef olmuşsa bu ibra onun tazminatından yapılmış kabul edilir, borçtan ibrada olduğu gibi bu konuda dava dinlenilmez.

İbradan sonra ikrarın etkisi:

Ebu Hanife ile Malikîlerin de açıkladığı gibi [1] Borçtan umumi bir ibranın sadır olmasından sonra, borcun ikrarına itibar edilmez. Çünkü borç ibra ile sakıt olmuştur, sakıt ise geri dönmez.

İvaz (bedel) karşılığında ibra:

Hanefîlere göre [2] ivaz karşılığında ibra, mal karşılığında sulh demektir.

Şafiîler [3] ibrada bir ivazın verilmesini caiz kabul ederler. Meselâ, borçlarından kendisini ibra etmesi karşılığında ona bir mal vermesi gibi. Bu durumda alacaklı kendisine verilen ivaza malik olur ve borçlu da ibra edilmiş olur . Fakat borcunun bir kısmını, geri kalan kısmından kendisini ibra etmesi şartı ile verecek olsa, verilen bu miktar, bir ivaz değildir; olsa olsa alacaklı hakkının bir kısmını kabzetmiştir, geri kalan kısmı da borçlunun zimmetinde bakidir. Malikîlerin dışında kalan cumhura göre -siganın şartlarında belirtmiş olduğumuz gibi- böyle bir ibra batıldır.

1- İbni Âbidin, *a.g.e.*, II, 101; *ed-Desûkî*, III, 411.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, IV, 495.

3- *Haşiyetü'l-Cemel -Şerhul Menhec üzerine-* (İhyaü't-Turâs baskısı), III, 381.

İSTİHKAK

1. Tarifi ve Hükmü

İstihkak sözlükte "hakkın talep edilmesi" demektir. Kelimede yer alan "sin ve te" harfleri talep içindir. Ancak *el-Misbah* adlı eserde, filan kişi bu işi istihkak etti" "bu iş onun için hak olarak vacip oldu" demektir. Bu şekilde vacip olan işe -ism-i mef'ul olarak- müstehak denilir. Satılan şeyin müşteri tarafından hak edilmiş olduğu manasına kullanılan ifade de burada gelmektedir. Buna göre istihkakın şer'î manası onun sözlük manasına uygun düşmektedir.

Fıkhî ıstılah olarak istihkak, "bir şeyin başka bir kimse için vacip lâzım olan bir hak olduğunun ortaya çıkması"dır. Diğer bir ifade ile istihkak, "Bir kimsenin her hangi bir şeyin mülkiyetinin kendisinin olduğunu iddia etmesi, bunu ispat etmesi, hakim tarafından da o şeyin mülkiyetinin ona ait olduğu hükmü verilerek o şeyin, elinde bulunduran kişiden alınması"demektir.

Malikîler istihkakı: "Kendisinden önceki mülkiyetin sabit olması ile bir şeyin mülkiyetinin kaldırılması" diye tarif etmişlerdir.

Aktin feshedilmesi bakımından istihkak iki çeşittir: [1]

a) Mülkiyeti bütünüyle iptal eden istihkak: Öyle ki, o şey üzerinde davacıdan başka hiçbir kimsenin mülkiyeti kalmaz. Kölenin azad olmasında ve aslî hürriyette olduğu gibi. Bunun hükmü şudur: Hakimin hükmüne gerek olmaksızın aktin feshi gerekir. Satın alanların her birisinin satıcıya ödediği bedel için rücu etme hakkı vardır. Eğer köle kabul edilen kişi, kendisinin asıl itibarıyla hür olduğuna dair delil ortaya koysa yahut da filan kişinin kölesi iken onun tarafından azad edildiğinin delilini ortaya koysa, her bir müşteri kölenin bizzat kendisine müracaat edemese bile, o

1- *ed-Dürrül-Muhtâr ve Reddül-Muhtâr*, VI, 199 vd.

konuda hüküm verilmeden önceki satıcıya rücu edebilir. O da daha önceki ilk satıcıya müracaat eder.

b) Mülkiyeti bir kişiden bir başka kişiye aktaran istihkak: Çoğunlukla rastlanılan istihkak türü budur. Mesela Zeyd, Halid'in elinde bulunan malın kendisinin mülkü olduğunu iddia etse ve bu iddiasına da delil getirse böyle bir istihkak türü söz konusu olur.

Bunun hükmü şudur: Aktin feshini icap ettirmez. Çünkü müşterinin mülkiyetinin batıl olmasını gerektirmemektedir. Sadece bu müstahik (hakkın sahibi olan kişi)nin akti geçerli kabul etmesine veya feshetmesine bağlı kalır. Hanefîlerce sahih olan kavle göre böyle bir akit, müşteri satıcıya ödediği semeni almak için müracaat etmedikçe fesholmaz. Zahir rivayetten anlaşılan esah görüşe göre akit, fesh ile yani karşılıklı rıza ile fesh olur; sadece istihkak hükmünün mahkemece verilmesi ile fesholmaz.

Müşterilerden her hangi bir kimse kendisine müracaat edilmedikçe kendisine satana semeni almak için müracaat edemez. Böylelikle her iki semenin tek kişinin mülkiyetinde bir arada bulunması önlenmiş olur. Yani ortada bulunan müşteri son müşteri kendisine rücu etmedikçe kendisine satan ilk kişiye rücu etme hakkına sahip değildir.

İstihkaka hüküm vermek, *zülyed*'i (başkasının hakkı olduğuna hükmedilen şeyi elinde bulunduran kimseyi) de kapsamaktadır. Bu hüküm gereğince davacı o şeyi *zülyed'in* elinden alır. Aynı şekilde *zülyedin* o mülkü kendisinden aldığı kimseyi de kapsar. *ed-Dürr* sahibi şöyle demektedir: "İstihkak hükmü vermek, *zülyedin* aleyhine bir hüküm olduğu gibi, mülkü *zülyed*'den alanların aleyhine de bir hükümdür. Velev ki mülkü kendisinden aldığı bir kişi ona miras bırakan olsun; bu durumda hüküm diğer mirasçıları onları da kapsamına alır."

Müstahikkın hakkını ispat etmesi:

İstihkak, müşterinin delili ile sabit olduğu takdirde, müşteri ödediği semeni almak için satıcıya rücu eder. Çünkü bu delil bütün insanlar hakkında zahir olan ve elinde bulunduranı aşan (müteaddi) bir huccettir. Bu huccet ancak hakimin hükmü ile muteber olur ve hakimin hükmü ile, sahip olduğu amme velâyeti gereğince herkes hakkında geçerlidir.

İstihkak müşterinin veya davalaşmak için tayin ettiği vekilin ikrarı ile veya onların davadan vazgeçmeleri ile sabit olursa müracaat hakkı yoktur. Çünkü ikrar, sadece ikrar edenin sınırlarında kalan ve başkasına aşıp ulaşmayan bir huccettir; zira ikrar edenin başkası üzerinde bir velâyeti yoktur. (1)

1- *ed-Dürrül-Muhtâr*, IV, 203,

İddiaların çelişmesi: Davada çelişki [1] :

Yani söylenen sözlerde tedafu' (tezat ve tutarsızlık) bir ayn'a veya bir menfaate sahip olmayı engeller. Eğer söylenen birinci söz, muayyen bir kişiye bir hak ispat etse meselâ, bir kimse bir başkasının kardeşi olduğunu iddia etse ve ondan nafaka istese, buna karşılık davalı: "Hayır o benim kardeşim değildir" dese, sonra davacı bir tereke bırakarak ölse ve o zaman da davalı: "O benim kardeşimdir" diye gelip terekesinden miras isteyecek olsa daha önceki tutumu ile bu sözü arasındaki çelişki bulunduğundan iddiası kabul edilmez.

Ancak birinci söz bir başkasının lehine bir hak ispat etmiyorsa, mülkiyet davasına mani değildir. Çünkü iddia eden kişi: "Filân belde halkından hiçbir kimse üzerinde benim bir hakkım yoktur" dese sonra da onlardan her hangi bir kişi üzerinde bir hakkının olduğunu iddiasında bulunsa, onun bu davası sahih olur.

Aynı şekilde nesep, talak ve hürriyet gibi sebebi bilinemeyen bir davada da çelişki engel değildir. Meselâ, ambalajı içerisinde bir elbise satın alsa, sonra da o elbisenin kendisinin olduğunu iddia etse, fakat bununla birlikte onu tanıtıcı niteliklerini söyleyemese bu davası kabul edilir.

Nesebe misal: Bir köle satsa, sonra müşteri onu bir başkasına satsa, arkasından birinci satıcı kölenin kendi oğlu olduğunu iddia etse, bu davası kabul edilir ve birinci ile ikinci satın alma batıl olur. Çünkü nesep alâka esası üzerinde mebnidir ve bu onun için gizli olabilir; bu bakımdan böyle bir çelişki mazur görülür.

Talaka misal: Kadın kocasının mirasçıları ile mirası paylaşsa ve onlar önceleri onun karısı olduğunu ikrar etmişlerken daha sonra kocasının onu sağlıklı olduğu sırada üç talâk ile boşadığına dair delil getirseler, ona müracaat edip almış olduğu şeyleri geri alırlar.

Hürriyete misal: Satan veya müşteri satıcının satılan köleyi satıştan önce hürriyete kavuşturduğunu delilleriyle ortaya koyabilirse, onun bu sözü kabul edilir. Çünkü köle azad etmekte çelişki olabilir.

2. Bazı Akitlerde İstihkakın Hükmü

1- Bey ve mukayaza [2] aktinde istihkak:

Mukayazada istihkakın etkisi: Satışın bedeli istihkak edilse meselâ, bir araba karşılığında bir ev satın alsa, sonra arabaya istihkak edilse, ev de şuf'a yoluyla alınsa, şuf'a batıl olur; satıcı şefîden evi alır. Çünkü bu satış batıl olmuştur, mukayaza

---

1- *ed-Dürrül-Muhtâr*, IV, 205 vd.

2- Nakit olmayan bir ayn'ı bir başka ayn ile değiştirmek demektir. Trampa diye de bilinen bir çeşit alışveriştir. (Çeviren)

satışında istihkak, satışı iptal eder. (1)

Satışta istihkakın etkisi konusunda etraflı açıklamalar ve değişik görüşler bulunmaktadır:

Hanefîlerin görüşü: (2)

a) Mebînin bir kısmının istihkakı:

- Eğer kabzdan önce akit konusu olan şeyin bir kısmına istihkak olunsa ve müstahik akdi geçerli kabul etmese, müstehak olunan miktarda akit batıl olur. Çünkü bu miktarın satıcının mülkü olmadığı ortaya çıkmıştır ve malik bu kısmın satışını geçerli kabul etmediğinden akit batıl olmuştur. Geri kalan kısmında da müşteri serbesttir. Dilerse payına düşen semen ile geri kalanı satın almaya razı olur, dilerse iade eder. Geri kalan kısmında bir kusur meydana getirmiş olması ile olmaması arasında fark yoktur. Kabzedilmiş kısmın veya başkasının istihkak edilmesi arasında da fark yoktur. Çünkü müstahik razı olmamıştır, dolayısıyla akit tamamlanmadan önce müşteri için satın alınan şey, bölünmüş olmaktadır. Böyle bir bölünme (teferruk) muhayyerliği gerektirir. O bakımdan burada da durum böyle olur.

- Şayet istihkak, satılanın bir kısmının veya tamamının kabzedilmesinden sonra ortaya çıkacak olursa, müstehak olunan miktarda satış batıl olur.

Bundan sonra da bütünün kabzedilmesi durumunda bakılır: Eğer istihkak suretiyle hak edilen miktar geri kalanda aybı gerektirmekte ise, meselâ akde konu olan şey ev, araba, binek ve buna benzer bir tek birim ise, müşteri geri kalanında serbesttir; isterse o paya düşen semen ile hissesine razı olur, isterse iade eder. Çünkü aynlarda ortaklık bir kusurdur. Eğer istihkak ile hak edilen miktar geri kalanın aybını gerektirmiyorsa meselâ, akit konusu iki binek veya misliyattan buğday gibi bir miktar veya zeytin yağı gibi tartılan şeylerden bir miktar üzere yapılmışsa ve bunlardan birisi hak edilmişse, bu durumda müşteri o paya düşen semen karşılığında geri kalanı satın almak durumundadır. Çünkü böyle bir şeyin kısımlara ayrılmasında bir zarar yoktur; dolayısıyla müşterinin *reddetme muhayyerliği* (satın alınanı iade etme serbestliği) yoktur.

Özetle satılanın kısmen istihkak edilmesi hâlinde eğer son olarak almış bulunan müşterinin aleyhine pazarlık fiyatının ayrılması söz konusu ise, bu durumda müşterinin lehine bu pazarlık fiyatını ayırma serbestliği sabit olur. Yani dilerse satılan malın geri kalanını alır, dilerse akdi fesheder ve satıcıya mebii geri verir. Ancak eğer bir kısmın istihkakı, müşterinin mebiin tamamını kabzetmesinden sonra vaki olmuş ve istihkak edilen mebînin kısımlara ayrılmasının bir zararı yoksa bu durumda müşteriye, bir kısmın istihkakı sebebiyle satışın ayrılması dolayısıyla or-

1- *ed-Dürül-Muhtâr,* IV, 211.
2- *el-Bedâyi,* V, 288 vd.; *Fethul-Kadir,* V, 175 vd.

taya çıkan muhayyerlik hakkı sabit olmaz; aksine geri kalanı semenden payına düşen miktarı ile almak zorundadır.

b) Mebînin (satılanın) tümüyle istihkakı:

Şayet müstahik mebiye bütünüyle malik olduğunu delille ispat eder ve o şeyin mülkiyetinin kendisine ait olduğu hakimin hükmü ile de ortaya konulursa, bu satış fesholmaz. Aksine müstahikkin bunu geçerli kılmasına bağlı olur. Eğer müstahik bu satışı geçerli kabul ederse mebî (satılan) müşterinin elinde kalır, müstahik onun semenini satıcıdan alır. Bu durumda satıcı, satış konusunda onun vekili gibi olur. Çünkü daha sonradan gelen geçerli kılma önceden verilmiş vekâlet gibi olur. Şayet müstahik bu satışı kabul etmez, aksine mebîyi almayı tercih ederse, önceki akit fesh ile fesholur. Yani zahir rivayete göre feshe rıza ile fesh olur ve bu durumda satıcı, müşteriye semeni iade etmek zorundadır.

Eğer istihkak mütevelli tarafından vakfolduğu ispat edilen bir vakıf mal olursa satış kesinlikle fesh olur. Zira vakfın satışını geçerli kabul etme yetkisi kimseye tanınmamıştır.

Semeni Almak İçin Müracaat Etmenin Şartları:

Mebînin istihkakından sonra müşterinin satıcıya semen için rücunun üç şartı vardır: (1)

Birinci şart istihkakın, satıcının mülkiyetini nakledici (değiştirici) olması yani müstahik mutlak bir mülkiyet veya satın alma tarihinden daha erken bir tarihteki bir mülkiyet iddiasında bulunmalıdır. Eğer müstahik bir aydan beri o şeyin kendisinin mülkü olduğunu iddia etse ve meselâ, müşteri onu alalı bir sene olmuşsa onun satıcıya rücu etmek hakkı yoktur. Çünkü istihkak müşterinin mülkü olan şey üzerinde söz konusu olmuştur; satıcının mülkü iken değil.

İkinci şart müşteri ile müstahik, müstahikın müşteriye semenin bir kısmını ödeyip karşılığında mebîi geri almak esasları üzere, sulh yapmamalıdır. Çünkü o durumda müşteri, bu sulh ile satıcıya rücu hakkını iptal etmiş olur.

Şayet sulh müşterinin müstahika ödemeyi kabul ettiği her hangi bir şey mukabilinde mebîi müşteriye bırakmak esası üzere gerçekleşirse rücu hakkı düşmez.

Üçüncü şart satıcının istihkaktan önce müşteriyi semenden ibra etmemiş olmasıdır. Eğer semenden onu ibra etmişse müşteri her hangi bir şekilde ona rücu edemez; çünkü her hangi bir şey ödemiş değildir.

Mebînin Kabzından Önce İstihkak Davasının Dinlenmesinin Şartı:

Mebînin kabzedilmesinden önce istihkak davası, satıcı ile müşteri haklarında

1- (ez-Zekerâ,) *Akdu'l Bey* 100 vd.

satacak olsa ve ikinci müşteri bunu nakletse yine müstahik birinci müşteriden isteme hakkına sahip değildir; çünkü ilk müşteri onu hakikaten kabzetmiş değildir. Şayet satıcı satılan malı müşterinin önüne koyarsa ve o sırada bir müstahik olduğu ortaya çıkarsa, müşteri tazminatını ödemez; yani onun bedelini ödemesi istenmez. Çünkü müşterinin önüne koymak, fasit satışta değil de sahih satışta kabz olur. Aynı şekilde evin ve benzerlerinin tahliye edilmesi de fasitlerde değil, ancak sahih bey'de bir kabz sayılır.

Müşteri satıcının mülkiyetini itiraf etse, sonra da satılan şeyin müstehak olduğu ortaya çıksa, bu durumda müşteri semeni almak için bayiye (satıcıya) rücu eder; çünkü bu malın kimin elinde bulunduğunu gösteren bir itiraftır.

Müşterinin itirafı yahut da satılanın istihkak edildiğini bilmediğini ifade eden yemini kabul etmemesi ve bununla birlikte davacının reddedilen yemini ile mebî istihkak edilse, bu durumda müşteri satıcıya mebînin semenini almak için rücu edemez. Zira satın almak ve yemin etmemek ile birlikte itirafındaki kusuru buna sebep teşkil etmektedir. Bu görüş Hanefîlerin görüşüne de uygundur.

Eğer mebî, delil ile yahut da satıcının ve müşterinin davacıyı tasdik etmesi suretiyle istihkak edilirse; müşteri bâki olması hâlinde semeni almak için satıcıya rücu eder; telef olmuşsa bedelini almak için rücu eder.

Hanbelîlere göre [1]:

Mebi istihkak edilse, müşteri satıcıya hem semeni hem de arazide yaptığı inşaat veya diktiği ağaçlara yaptığı masrafı almak için rücu eder. Çünkü satıcı, meselâ araziyi satmakla müşteriyi aldatmış ve ona kendisinin mülkü olduğu izlenimini vermiştir. Şu kadar var ki, hayvana veya arazi ye masraf yapmışsa bunları almak için rücu etmez. Çünkü müşteri, satış akdinin mebîye masraf yapmayı ve masrafını ödemeyi gerektiren bir akit olması itibarıyla bu gibi masrafları zaten üzerine almıştır. Araziyi istihkak eden kişi araziye dikilmiş ağaçları ve yapılmış binaları söktürüp yıkma hakkına -yerindeki kıymet eksikliğinin tazminatı söz konusu olmaksızın- sahiptir.

Hanbelilerin ibareleri şöyledir: "Müşteri arazi üzerine bina yapsa, sonra da müstahik onu alıp binayı yıksa, enkaz müşterinindir. Çünkü bu enkaz onun aynî mallarıdır ve telef olanın kıymetini de rücu edip satıcıdan ister. Çünkü satıcı onu aldatmıştır." eş-Şeyh et-Tâkî, "eğer durumu müşteri bilmekte ise durum böyledir." kaydını zikretmiştir. Bilmiyor idiyse aldatma (tağrîr) söz konusu değildir. Bu görüş, genel olarak zararın karşılığının verilmesine esas teşkil edebilir.

2- Rehin akdinde istihkak (Merhunda başka birinin hak sahibi olduğunun anlaşılması):

1- *Keşşaful-Kınâ, Mekke baskısı,* III, 216, IV, 47, 357.

Hanefîlere göre: (1)

Rehinden sonra rehnedilenin bir kısmı hak edilse geri kalan kısmına bakılır:

a) Eğer istihkaktan sonra geri kalan baştan itibaren rehnedilmesi caiz olan türden olursa, bu konuda rehin fasit olmaz.

b) Eğer geri kalan kısmın baştan beri rehnedilmesi caiz olmayan türden olursa bütünüyle rehin fasit olur; rehnin bir kısmı birkaç kişiye ait (müşâ') olup da istihkak edilse hüküm böyledir. Çünkü müşâ' olan bir malın bir kısmı hak edilecek olursa akdin hak edilen kısmında sahih olmadığı ortaya çıkar. Bu akit ise, ancak geri kalan hakkında vaki olmuştur. Geri kalan da şayi olduğuna göre, artık rehin fasit olur. Çünkü Hanefîlere göre şüyu rehnin sıhhatine manidir.

Malikîlere göre: (2)

Belirli rehnin bir kısmı hak edilse, geri kalanı borcun tümünün karşılığında rehin olur.

Belirli olmayan rehinde râhin, (rehin veren) mürtehin (rehin alan)a hak edilen kısmın bedelini getirir. Eğer merhunun tümü hak edilirse ve şayet bu hak ediş rehni kabzetmeden önce olmuşsa mürtehin rehinsiz olarak akdi devam ettirmek ile akdi feshetmek arasında muhayyerdir. Eğer kabzdan sonra hak edilmişse bu sefer onun alacağının karşılığında rehin bulunmaz fakat râhin onu aldatmış olması hâli müstesnadır. O vakit feshetmekle etmemek arasında muhayyer olur. Bir kimse bir akar veya bir hayvan rehnetse ve bir başka kişi ondaki payını hak etse ve bu payını da mürtehinin elinde bırakmaya devam etse ve telef olsa, mürtehin onun tazminatını ödemez. Çünkü o kısmın istihkak edilmesi ile rehin olmaktan çıkmış ve bu durumda mürtehin o kısmın emini olmuştur. Dolayısıyla ancak geri kalan kısmın tazminatını ödemesi söz konusu olur.

Şafiîlere göre: (3)

Eğer satılmış olan merhun hak edilirse, bu durumda müşteri râhine rücu eder. Çünkü mebî aslında onundur; dolayısıyla onun sorumluluk ona aittir ve nihayette tazminat onun hakkında söz konusu olur. Eğer müşteri, rehnin kendisi yanında bırakıldığı *adl* (emin kişi)ye rücu edecek olsa da, tazminat ilk râhinde karar kılar; çünkü adl tayin edilen kişiye malı elinde bulundurması sebebiyle rücu caizdir.

Hanbelîlere göre (4)

Mürtehin rehni kabzetse ve onda başka birinin hakkı olduğu anlaşılsa, maliki-

1- *el-Bedayi* VI, 141,151.
2- el-Hirşi, V, 288, 298 vd.; eş-Şerhu'l-Kebir III, 238.
3- *Muğnul-Muhtâc,* II, 135.
4- *el-Muğnî,* V,397; *Keşşafül-Kınâ;* III, 334.

hüküm verilmek üzere hakimin huzurunda bir arada bulunmadıkça dinlenmez. Çünkü mülk müşterinindir; elinin altında bulundurmak da satıcınındır davacı ise her ikisine karşı bir davada bulunmaktadır. Haklarında hüküm vermek üzere o hâlde ikisinin de hakim huzurunda bulunmaları şarttır.

Şayet mebînin istihkak davası müşterinin malı kabzetmesinden sonra açılmış ise sadece müşterinin hazır olması istenir, satıcının hazır olması şart değildir. Ancak müşterinin üçüncü şahıs niteliği ile onun da muhakemeye sokulmasını isteme hakkı vardır. Çünkü ona rücu etme hakkı ile ilişkisi vardır. (1) Yavru gibi mebîin artışlarına gelince: Eğer müstahık hakkını delil ile ispat etmişse onu da alır. Çünkü delil bütün insanlar hakkında mutlak bir huccettir. Ancak bu konuda mahkeme hükmü şartı vardır. Şayet ispat mücerret olarak müşterinin müstahik lehine ikrar etmesi veya vazgeçmesi suretiyle olmuşsa -çünkü bu vazgeçme de ikrar hükmündedir- fazlalığı alma hakkına sahip değildir. Çünkü ikrar, sadece ikrarı yapanın aleyhine bir huccettir. (2)

c) Mebînin hapsedilmesinin istihkakı (Satılanın alıkonulmasının hak edilmiş olması):

Rehnedilmiş olması sebebiyle mebîin, satanın dışında bir kimse tarafından hapsedilmeye müstehak olduğu veya ücretle kiralanmış olduğu ortaya çıkar ve delil ile bu istihkak sabit olursa, bu konuda duruma göre farklı hükümler vardır:

- Eğer mürtehin veya kiracı bu satışı geçerli kabul ederse, rehin ve icare fesh olur. Bu durumda mebîin semeni satış yerine bir rehin olur. Mürtehin semeni kabzedinceye kadar mebîyi alıkoyabilir, kiracı da icare akdinden -eğer ödenmiş ise- kalan müddetin ücreti kendisine iade edilinceye kadar satılanı hapsetme hakkına sahiptir. (3)

- Şayet mürtehin veya kiracı bu satışı kabul etmezse müstahik onu feshedemez. Aksine mebî onun elinde kalır ve müşteri de rehnin çözülmesi ve icare süresinin bitmesi ile satışı feshetmek ve ödemiş olduğu semeni geri almak yollarından birisini tercih etmek üzere muhayyer bırakılır.

Malikîlere göre (4):

Bir kimse bir başkasının elinde bulunan bir şeyi istihkak etse ve şeriatte eşyanın kendileri ile ispat edildiği yollarla hakkını ispat etse, mutlaka o şeyin ya daha az kısmını ya bütününü yahut da büyük bir kısmını hak eder.

Eğer hak edilen o şeyin azı olursa, bu durumda elinde bulunandan hak ettiği

1- *ed-Dürrül-Muhtâr*, IV 207.
2- *ed-Dürrül-Muhtâr*, IV 204 vd.
3- *Mecelle*, mad. 590, 747.
4- *Bidâyetül-Müctehid*, II, 320 vd.; *ed-Desûki*, III, 470.

kadarın kıymeti için müşteriye rücu eder. Hepsini bütünüyle almak için rücu edemez.

Eğer o şeyin tümüne veya büyük bir kısmına hak kazanmışsa veşayet mebîde hiç bir değişiklik olmamışsa müstahik onu alır ve müşteri semeni almak için satıcıya rücu eder. Şayet kıymetinin değişmesini gerektirecek bir şekilde değişikliğe uğramışsa, satın aldığı günkü kıymeti ile rücu eder.

Eğer bu şey onu yapılan bir ekleme ile değişikliğe uğramış ve bu değişiklik o şeyin zatından ayrılmaz bir hâle gelmişse müstahık onu alır. Meselâ, binek semirmiş yahut da yavrusu büyümüşse böyledir. Eğer bu fazlalık kendisinin elindekine hak kazanılan müşteri tarafından yapılmış ise -meselâ eve ek bir bina yapması hâlinde olduğu gibi- ve elinde bulunuyor iken başkası tarafından hak edilmiş ise, bu durumda müstahik muhayyerdir: Dilerse yapılan fazlalığın kıymetini de ödeyerek hak ettiğini alır, dilerse müşteri hak ettiği kısmın kıymetini ona öder yahut da ikisi ortak olur. Bu kişi müşterinin elinde bulunanı istihkak ettiği kıymet kadarı ile hisse sahibi olur; müşteri de yaptığı inşaatın veya diktiği ağacın kıymeti kadarıyla ortak olur. Bu, Müminlerin EmiriÖmer b. el-Hattab'ın verdiği hükümdür.

Eğer kıymeti eksilmek suretiyle bir değişiklik meydana gelmişse ve bu hak edilen malı elinde bulunduran kişiden kaynaklanan bir sebeple olmamışsa ona her hangi bir şey düşmez. Eğre ondan kaynaklanan bir sebeple olmuş, meselâ evi yıkması ve enkazını satması ve ondan sonra da istihkak edilmesi söz konusu olmuşsa, bu durumda ondan satmış olduğu enkazın semenini almak için rücu eder.

Şafiîlere göre (1):

Satılan malın bir kısmı istihkak edilse öbür kısmı edilmese, bu durumda pazarlık fiyatını ayırma muhayyerliği vardır. Şafiîlerdeki satılanın tefrîki konusundaki iki görüşten azhar olanına göre bu bey'in bölünmesidir ve satılanın her bir parçasına hükmünü vermektir. Yani müşterinin aldığı kısımda satış sahih, hak edilen kısımda batıldır. Bu durumda müşteri hak edilenin semendeki payı kadarı almak için satıcıya rücu eder.

Şayet satılanın tümü hak edilse, bu durumda müşteri semenin tümü için satıcıya rücu eder. Akit esnasında başkasının istihkakı olduğunu bilip bilmemesi arasında fark yoktur. Çünkü satıcının elinde iken bulunan bir sebep dolayısıyla mebîden onun eli izale edilmiştir; yani mebî onun elinden alınmıştır ve bu durumda satış fesh olur.

Eğer mebînin kabzdan önce müstahak olduğu ortaya çıksa ve müşteri kabzetmemiş olsa müstahik onu müşteriden istemek hakkına sahip değildir. Çünkü müşteri henüz hakikaten onu kabzetmiş değildir. Aynı şekilde onu nakletmeden önce

---

1- *el-Mühezzeb,* I 269, 288; *Muğnil-Muhtâr,* II, 40, 42, 65, 66; *Esnel-Mekâlib,* II, 349 vd.

ne iade etmesi gerekir; bu durumda rehin asıl itibarıyla batıldır. Eğer satılan rehin bir hak sahibi çıksa müşteri rahine rücu eder. Çünkü mebi onundur ve bu konuda sorumluluk (uhde) ona aittir, bizzat kendisi satmış gibidir; bu durumda eğer *adl* kendisine vekil olduğunu bildirecek olursa adle rücu etme yetkisi de yoktur.

3- Taksimatta istihkak (Taksim edilenin tümünün veya bir kısmının istihkakı):

Hanefîlere Göre: (1)

Eğer taksim edilen ayn istihkak edilse, zahire göre kısmet (paylaştırma) batıl olur. Ancak hakikatte bunun sahih olmadığı da ortaya çıkar. Onun bir kısmı hak edilse, hak edilen miktarda bu paylaştırma batıl olur.

Malikîlere göre: (2)

a) Eğer paylaşanlardan birisinin elinde bulunanın tümü hak edilse, bu paylaştırma fesh olur ve ortaklık paylaştırmadan önceki duruma avdet eder.

b) Şayet paylaştıranlardan birinin payının yarısı veya üçte biri hak edilse, müstahik (hak eden) geri kalan kısmı almak ve her hangi biri almak için rücu etmemek ile diğer ortak kişinin elinde bulunandan da istihkak ettiği miktarın yarısı kadarını almak için rücu etmek arasında serbesttir.

c) Eğer hak edilen kısım paylaşanlardan birisinin elinde bulunanın dörtte biri kadar olursa, muhayyerlik hakkı yoktur. Paylaştırma bakidir, bozulmaz. Onun ancak hak ettiği şeyi elinde bulundurduğu şeyin yarısı kadarı için rücu hakkı vardır, ona mukabele eden yarısı için ortağa rücu hakkı yoktur.

Şafiîlere göre: (3)

a) Şayet paylaştırmadan sonra paylaştırılan kısmın müşa (birkaç kişinin üzerinde ortak olduğu) bir bölüm hak edilecek olursa -üçte bir veya dörtte bir gibi- bu durumda hakedilen o kısımda paylaştırma batıl olur. Geri kalan kısmında ise ya satılan ayrılır veya- bunlarda zahir olan görüşe göre- paylaştırma sahih, muhayyerlik sabittir. Çünkü paylaştırmadan maksadı olan payların birbirinden ayırt edilmesi hasıl olmamıştır. Diğer taraftan ortaklardan sadece bazısının taksimat yapabildiği ortaya çıkmıştır.

b) Eğer iki paydan eşit olarak belirli bir miktar hak edilirse, geri kalan kısımda paylaştırma baki kalır. Çünkü her iki ortak da hakkını elde etmiş bulunmaktadır.

c) İki paydan hak edilen kısım, öteki ile eşit değilse meselâ, hak edilen sadece

1- *el-Bedayi* VII, 24.
2- *eş-Şerhü'l-Kebîr ma'a'd-Desûkî,* III, 514.
3- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 425.

iki paydan birisinde olursa yahut da her ikisini de tamamıyla kapsamakla birlikte birisinde hak edilen miktar ötekinin payında hak edilen miktardan fazla olursa, tümünün de pay edilmesi batıl olur. Çünkü her birine kalan miktar, hakkı miktarı kadar değildir, aksine onlardan birisi ötekine rücu etme gereğini duyar.

Hanbelîlere göre: (1)

a) Ortaklar paylaştırmayı yaptıktan sonra onlardan her hangi birisinin payından belirli bir şeye hak kazanılsa, eşitlik sağlamaya imkân kalmadığından bu paylaştırma batıl olur. Yani bu paylarda adalet olmayacağından dolayı, batıl olur.

b) Eğer her iki payda hak edilen miktarlar birbirine eşit olursa, meselâ bir arazi parçasını pay etseler ve her ikisinin de payından eşit birer parçaya hak kazanılsa, arazinin geri kalan kısmında yapılan paylaştırma, Şafiîlerin de belirttikleri gibi, batıl olmaz. Çünkü paylaştırma ortaklardan her birisinin hakkının ayrılması demektir. Ve bu ayırım yapılmıştır; pay edilen şeylerin ayrı aynlar olması ve bunlardan bir tanesinin hak edilmesi hâlinde olduğu gibi.

c) Eğer hak edilen, birisinin payında ötekinin payından daha fazla olursa veya onlardan birisinin payına verdiği zarar ötekinin payına verdiği zarardan daha fazla olursa -meselâ yolunu kapatmak yahut da su yolunu tıkamak vb. gibi zarar verecek türden olursa- eşitlik sağlama imkânı olmadığından dolayı -birinci durumda olduğu gibi- paylaştırma batıl olur.

Aynı şekilde hak edilen kısım (müstehak) kısım her ikisinin payında müşâ' bir mal olursa yine paylaştırma batıl olur. Çünkü üçüncü ortak böyle bir paylaştırmaya razı olmamıştır ve paylaştırmak üzere onun hakkında hüküm de verilmiş değildir.

Eğer hak edilen kısım paylardan birisinde müşâ' bir mal olursa, adaleti sağlamak imkânı olmadığından yine paylaştırma batıldır.

4- Sulhte istihkak (Sulh mahallinin veya sulh bedelinin hak edilmesi):

Hanefîlere Göre: (2)

a) Bir mal karşılığında sulh yapsa (sulh bedeli üzerinde anlaşsa) sonra davacı elinde iken bu mal istihkak edilse, bu sulh sahih olmaz. Çünkü üzerinde sulh yapılan bedelin musalihin mülkü olmadığı ortaya çıkmıştır. Halbuki bu sulhün sıhhati için şarttır.

b) Eğer sulh ikrardan dolayı yapılmış ve sulh mahallinin bir kısmı üzerinde başka bir hak sahibi ortaya çıkmışsa davalı bedelden hak edilen pay kadar için rücu eder. Çünkü bu sulh, satış gibi mutlak bir ivazlaşmadır. Eğer hakkında sulh yapılan

1- *Keşşâfu'l-Kınâ, - Mekke baskısı-* VI, 376.
2- *el-Bedayi',* VI, 48, 54; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr, el-inaye ile-,* VI, 29.

mahal, tümüyle hak edilirse o vakit sulh bedelinin hepsini almak için rücu eder.

c) Şayet sulh sükût veya inkârdan dolayı yapılmışsa üzerinde anlaşmazlık olan şey de bir hak sahibi ortaya çıkarsa dava sahibi kişi, davalının yerine geldiğinden dolayı müstahik olan şahsa rücu eder vebedeli iade eder. Çünkü davalı bu bedeli ancak kendisini davalaşmaktan kurtarmak için vermiştir. İstihkak sahibi ortaya çıktığına göre, onun için her hangi bir dava ileri sürülemeyeceği anlaşılmış olur. Bu durumda davalının maksadı dışında bir sebep dolayısıyla elinde kalmış olacağından ivazı geri ister. Tıpkı kendisine kefil olunan kimse malı alacaklısına ödemek maksadıyla kefile vermesi, ondan sonra da kefil ödemeden önce bizzat kendisinin borcunu ödemesi hâlinde kefile yaptığı ödemeyi geri istemesi gibidir. Zira bu durumda kefil, onun maksadını gerçekleştirmiş değildir.

Malikîlere Göre: (1)

a) Davacının elinde bulunan şeyin hak edilmesi (istihkakı): At gibi bir şeyi başkasının aleyhine dava eder ve karşı taraf da bu atın ona ait olduğunu ikrar etse, sonra da elbise gibi kıyemî, buğday unu gibi misli bir şey karşılığında onunla sulh yapsa, sonra da sulh yapılan bu şeyin hak edilmiş olduğu ortaya çıksa, bu durumda davacı, davalının ikrar ettiği o şeyi eğer telef olmamışsa rücu edip alır. Şayet ikrar edilen o şey telef olmuş ise davacı onun bedelini almak için rucû eder. Yani kıyemî ise kıymetini, mislî ise mislini rücu yoluyla alır.

b) Davalının elinde bulunanın hak edilmesi (istihkakı): Meselâ, bir kişi bir başka kişinin aleyhine bir at iddiasında bulunsa ve onun mülkü olduğunu söylese, o kişi de bunu inkâr etse sonra da kıyemî veya mislî bir şey üzere onunla sulh yapsa ve bunu davacıya verse, daha sonra bu at üzerinde bir hak sahibi ortaya çıksa, bu durumda inkâr eden davalı, -eğer telef olmamışsa- davacıya vermiş olduğu şeyi rücu edip alır. Şayet telef olmuş ise, kıyemî ise kıymetini, mislî ise mislini alır.

İkrar yoluyla sulh hâlinde, davalının elinde bulunan hak edilirse ikrarda bulunan kişi davacıya rücu edip bir şey alamaz. Çünkü elindeki malın onun mülkü olduğunu itiraf etmiştir ve müstahik bunu kendisinden haksız olarak almıştır.

Bir kimse satıcının mülkiyetinin sahih olduğunu bilerek bir mal satın alsa, sonra da müşteride iken bunda başkasının hakkı olduğunu ortaya çıksa müşterinin satıcıya rücu hakkı yoktur. Çünkü o, müstahik olan kimsenin bu malı kendisinden almak suretiyle haksızlık ettiğini bilmektedir.

Şafiîlere Göre: (2)

Bir kişi belirli bir şey karşılığında, mesela bir ev üzerinde sulh yapsa ve o belirli şey hak edilse, bu akit fesholur. Şayet elinde telef olması veya buna benzer sebep-

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr ma'ad-Desükü ile,* III, 470; *eş-Şerhu's sağîr,* III,626.
2- *Esne'l-Metâlib,* II, 218.

le iadesine imkân olmazsa meselâ evi satmış bulunsa, o şeyden eksilen kıymet kadar evin bir kısmında rücu eder.

Hanbelîlere Göre: (1)

Davalı bir bedel karşılığında bir ev üzerinde sulh yapsa ve bu bedelin hak edilmiş olduğu ortaya çıksa, davacı, üzerinde sulh yapılan evi talep etmek için rücu eder. Çünkü burada ikrar üzere yapılan sulh, hakikatte bir satıştır. Bedelin hak edilmiş olduğu ortaya çıkarsa, bu durumda satış fasit olur ve bedelin karşılığı olan şeye rücu eder.

Bu hüküm kısas üzere yapılan sulhün hilâfınadır; çünkü ortada bir satış yoktur. Değerli bir mal karşılığında kısas sebebiyle sulh yapsa ve bunun başkasının hakkı (müstehak) olduğu ortaya çıksa, kıymeti kadarını almak için kısas sahibi rücu eder.

Eğer sulh inkâr üzere yapılmış ve bedelin hak edilmiş olduğu ortaya çıksa, bu durumda davacı, sulhten önceki davasına rücu etmiş olur; çünkü sulhun batıl olduğu açıkça ortaya çıkmış bulunmaktadır.

5- İcarede istihkak (Ücretin veya mecur (kiraya verilen)un hak edilmesi):

Hanefîlere Göre: (2)

Bir kimse kendisine ait bir evi icara verse, sonra bunda başkasının hakkı olduğu ortaya çıksa, müstahik kişi bu icare akdini geçerli kabul etse bakılır: Onun bunu geçerli kabul etmesi menfaatin tahsil edilmesinden önce olsa icare caiz olup ücret mal sahibinin olur. Çünkü üzerinde akit yapılan şey mevcuttur. Eğer menfaatin elde edilmesinden sonra akdi geçerli kabul ederse, icare geçerli olmaz ve ücret, akdi yapan kişinin olur. Çünkü geçerli kılma esnasında bu menfaatler yoktu; bundan sonra da akit kalmaz.

Şayet geçerli kılmak; meselâ gâsıbın kiralaması hâlinde olduğu gibi müddetin bir kısmının geçmesinden sonra olursa, ücret Ebu Yusuf'un görüşüne göre bütünüyle malikin olur; İmam Muhammed'e göre ise geçmişteki ücret gâsıbın, geri kalan ücret de malikindir.

Malikîlere Göre: (3)

Araziyi elinde bulunduran kişi, şüpheli olmakla birlikte bu araziyi -meselâ bir kaç sene veya bir kaç ay süreyle- icara verse ve bu sürenin bir kısmı geçse ve ekin de ekildikten sonra bu arazi hak sahibi olan biri ortaya çıksa bu durumda müstahik, akdi, geri kalan icare müddeti için feshetmekle geçerli kabul etmek arasında serbesttir. Geçmiş zaman dolayısıyla alınan ücretten her hangi bir şey almaz; çünkü şüphe-

1- *el-Muğnî,* V, 493.
2- *el-Bedâyi,* IV, 177.
3- *eş-Şerhul-Kebîr ma'ad-Desûkî* III, 463.

li de olsa elinde araziyi bulunduran kimse geliri elde eder.

Şafiîlere Göre: (1)

Zahire göre; kiralanan şeyin istihkakı, telef olması gibidir. Ayrıca icare, meselâ evin yıkılması ile fesholur. Çünkü kabzdan önce veya elde edilmesinden önce üzerine akit yapılan menfaat elde edilemez olmuştur. Tıpkı kabzdan önce mebîin telef olması hâlinde satışın fesholması durumuna benzemektedir. Aynı şekilde belirli bir mecurun (kiralananın) hak edilmesi ile de üzerine akit yapılan şey elde edilemeyeceğinden dolayı icare akti fesholur.

Hanbelîlere Göre: (2)

İcare bir ayn üzere yapılsa, meselâ taşımak veya binmek maksadıyla bir deve kiralansa ve bunun hak edilmiş olduğu ortaya çıksa, artık akdin batıl olduğu ortadadır ve bu durumda müeccir (kiralayan) bedeli ödemek zorunda değildir.

Şayet icare, zimmette niteliği belli bir ayn üzere yapılırsa ve bu aynın hak edildiği ortayla çıkarsa, akit batıl olmaz; bedeli lâzım olur. Çünkü üzerinde akit yapılan şey, mevsuf olmakla birlikte bizzat tayin edilmiş değildir.

6- Müsakât (Bir taraftan ağaçlar veya bostan, diğer taraftan da iş ve bakımı üstlenme ve geliri anlaşacakları bir oranda paylaşma şartı üzere kurulan şirket türü) **ve müzaraa** (Bir taraftan arazi, diğer taraftan iş yani tarım yapmak ve ürünü aralarında belirli bir oranda paylaşmak üzere kurulan şirket türü) **da istihkak:**

Hanefîlere Göre: (3)

Eğer hurma ağaçları hak edilse âmil (çalışan) eğer meyvesi varsa benzer ücret almak için rücu eder. Meyvesi yoksa onun alacak bir ücreti yoktur. Şayet hak edildikleri ortaya çıkıncaya kadar hurma ağaçları bir meyve vermeyecek olursa, âmilin alacak bir şeyi yoktur. Çünkü müzaraa akdinde ziraatten önce ve çalışmadan sonra arazide hak sahibi bulunduğu ortaya çıkacak olursa, müzarinin alacak bir şeyi olmaz; burada da durum böyledir.

Müzaraada ise âmil, az önceki açıklamalara uygun olarak ekin kıymeti karşılığını almak için rücu eder.

Malikîlere Göre: (4)

Üzerinde müsakat akdi yapılan bahçeye hak kazanılsa, müstahik dilerse müsakat akdi fesholur. Çünkü müstahik, çalışanı iş başında bırakmak ile akdini feshetmek arasında istediğini seçmek hakkına sahiptir. Çünkü bu akdi yapan kişinin

---

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 355-357.
2- *el-Muğnî,* V, 432
3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 201.
4- *ed-Desûkî,* III, 547 vd.; *el-Hırşî,* VI, 261; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 321.

malik olmadığı ortaya çıkmıştır. Şayet akdi feshedecek olursa, mahsul müstahıkın olur, amile yapmış olduğu işin benzer ücretini de ödemesi gerekir ki, âmil her hangi bir şekilde zarar görmesin.

Şafiîlere Göre: (1)

Şayet işten önce veya sonra meyvenin müsakî (ağaçların sahibi)nden bir başkasının hakkı olduğu ortaya çıkacak olursa meselâ mâlik, üzerinde müsakât akdi yapılan ağacın meyvesini vasiyet etmiş veya ağacın başkasının hakkı olduğu ortaya çıkmış olursa bu durumda âmil müsakîden işinin benzer ücretini alır. Çünkü fasit bir bedel ile elde edeceği menfaatlerini elde etmesine imkân kalmamıştır, bu bakımdan bedeli almak için rücu eder. Bu, durumu bilmeyip işini yaptığı takdirde böyledir; şayet durumu bilerek böyle yapmışsa hiç bir şey alamaz.

Hanbelîlere Göre: (2)

Ağaçlar ile ilgili olarak müsakat akdi yapsa ve çalışmasından sonra ağaçlarda başkasının hak sahibi olduğu ortaya çıksa müstahik ağacı da meyvesini de alır. Çünkü bu, onun kendi malıdır çalışanın ise onun meyvesinde bir hakkı yoktur; çünkü o ağaçlarda malikinin izni olmadan çalışmıştır; bundan dolayı bir ücret de alamaz. Ancak çalışan gâsıptan çalışanın ise alabilir. Çünkü onu aldatan ve çalıştıran odur; onun ücretini de gâsıbın ödemesi gerekir.

7- Evlilik akdinde istihkak:

a) Mehrin İstihkakı:

Hanefîlere Göre: (3)

Tayin edilmiş mehir, -meselâ bu bir ev olsun- teslimden önce hak edilse ve bu, bu tayin sahih olur ve kocanın o evin kıymetini karısına ödemesi gerekir. Çünkü istihkak sebebiyle onu teslim etmesine imkân kalmamıştır ve böyle bir durumda mehr-i misil gerekmez.

Şayet evin yarısı istihkak edilse, kadın geri kalan yarısını almak veya almamak konusunda serbesttir. Dilerse fâhiş kusur sebebiyle onu reddeder; bu fâhiş kusur ise müşterek mülklerde eşit paylara bölünmedir. Onu reddettikten sonra, evin kıymetini rücu edip alır; dilerse de evin hissesini kabul eder, diğer geri kalan yarım hissenin kıymetini almak için rücu eder.

Şayet zifaf olmadan önce onu boşayacak olursa, sadece elindekinin yarımı onun olur.

Malikîlere Göre: (4)

Mehir kadının elinde iken hak sahibi ortaya çıkarsa veya onda bir kusur bulu-

---

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 331.
2- *el-Muğnî,* V, 381.
3- *el-Bedayi,* II, 278; *Fethu'l-Kadîr,* II, 455, 462.
4- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 28; *el-Hirşî,* III, 296, VI, 1.

nursa kadın, -Hanefîlerin de söylediği gibi- mehr-i misil için değil de kıymeti almak için rücu eder. Çünkü evlilikte izlenen yol, karşılıklı ikramdır. Bazan mehr-i mislin bir kaç kat fazlası ile rücu edebileceği gibi, onda biri kadarı ile de rücu edebilir. Mezhepte kabul edilen görüşün "mehr-i misil ile rücu eder" şeklinde olduğu da söylendiği gibi; onun kıymetinden veya mehr-i misilden hangisi daha az ise onunla rücu edeceği de söylenmiştir.

Şafiîlere Göre: (1)

Eğer hanımı ile gasbedilmiş bir mal veya şarap mukabilinde evlenirse azhar olan görüşe göre benzeri bir mehir vacip olur. Çünkü nikah sahih, tayin edilen mehir ise fasittir. Zira gasbedilen mal, kocanın mülkü değildir. Çünkü o kocadan başkası tarafından hak edilmiştir; şarap ise mal sayılmaz.

Hanbelîlere Göre: (2)

Ev gibi belirlenmiş bir şey mukabilinde kadınla evlenecek olsa ve bunun gasbedilmiş, yani başkasının hakkı olduğu ortaya çıksa, kadın evin kıymetini alır. Çünkü akit sözü geçen miktar tesmiye edilerek (miktarı belirtilerek) gerçekleşmiştir. O bakımdan o evin kıymetini alma hakkı vardır; çünkü kadın o kıymete razı olmuştur. Bu durum ise onun: "Gasbedilmiş bulunan şu evi sana mehir olarak veriyorum" demesi hâline terstir. O durumda kadının sadece mehr-i misli isteme hakkı vardır. Çünkü o, hiç bir şey olmadan da evliliğe razı olmuştur. Zira kocasının bu gasbedilmiş evi kendisine mülk olarak veremeyeceğini bilerek evlenmeye razı olmuştur. Böyle bir tesmiyenin olması ile olmaması arasında da fark yoktur.

Mehrin bir kısmının hak edilmiş olduğunun ortaya çıkması hâlinde kadın, o şeyin tümünün kıymetini almak ile hak edilmeyen kısmı ile sahibi çıkan kısmın kıymetini almak arasında serbesttir. Çünkü (aynlarda) ortaklık bir kusurdur. Bu sebepten diğer kusurlar dolayısıyla olduğu gibi, bundan dolayı da fesih hakkı vardır.

Özet olarak cumhur belirli mehrin başkası tarafından istihkakı hâlinde kıymetinin ödenmesini vacip görürler; Şafiîler ise mehr-i misli vacip görürler.

b) Hul' (Kadının vereceği bir mala karşılık kocanın boşamayı kabul etmesi) Bedelinin İstihkakı:

Hanefîlere Göre: (3)

Bir kadın muayyen bir şey karşılığında hul' yapacak olsa ve bu şeyde başkasının hakkı bulunduğu anlaşılsa onun kıymetini ödemesi gerekir. Çünkü teslim edilmesini gerektiren sebebin varlığı ile birlikte o malı kocasına teslim etmesine imkân

---

1- *Muğni'l-Muhtâc*, III, 225.
2- *el-Muğnî*, VI, 689-690; *Gâyetü'l-Müntehâ*, III, 60-62.
3- *Fethu'l-Kadîr*, III, 209.

yoktur.

Malikîlere Göre: (1)

Koca karısı ile elbise gibi muayyen bir kıyemî şey karşılığında hul' yapsa, sonra bunda başkasının mülkiyet hakkı olduğu ortaya çıksa, o vakit kadın hul' yapılan gündeki kıymetini kocaya verir. Şayet muayyen olmayan buğday gibi mislî bir şey karşılığında onunla hul' yapacak olsa onun mislini ona iade eder. Bu durum her ikisinin de hul' bedelinin başkasının mülkü olduğunu bilmemeleri hâlinde böyledir. Eğer her ikisi de bunu bilecek veya kadın değil sadece koca bilecek olursa, kocanın alacak bir şeyi olmaz. Her ikisi de durumu bilmiyorsa, muayyen kıyemî olanda kıymet kadarı almak için karısına rücu eder, şayet zimmette niteliği belli bir şey ise, mislini almak için rücu eder. Şayet sadece kadın o bedelin başkasının mülkü olduğunu bilirse ve hul'un bedeli muayyen ise hul' akdiolmaz. Zimmette bulunan niteliği belli bir şey olursa hak edilenin mislini almak için karısına rücu eder.

Gasbedilmiş ve çalınmış olan mal da hak edilmiş mal gibidir. Eğer muayyen bir şey ise, koca onun kıymetini almak için karısına rücu eder, şayet niteliği belli olursa, mislini almak için rücu eder.

Şafiîlere Göre: (2)

Koca, karısı ile ev gibi muayyen bir ayn karşılığında hul' yapsa ve bu ayn kabzedilmeden önce telef olsa veya başkasının hakkı olduğu ortaya çıksa onu iade etse, veya şart koşulmuş bir niteliğini kaybetsede onu geri rücu eder. Kadının elinde bulunan ivaz, akit tazminatı gibi tazminat altında olması bakımından kocasının elinde bulunan mehir gibidir. Bu tazminat türünün elde bulundurma tazminatı şeklinde olduğu da söylenmiştir.

Hanbelîlere Göre: (3)

Koca, karısı ile muayyen bir ivaz (bedel) karşılığında hul' yapsa ve bunun başkasının hakkı olduğu ve kadının mülkü olmadığı ortaya çıksa, hul' sahihtir. Çünkü hul' nikâh karşılığında bir ivazlaşmadır. Dolayısıyla nikâhta olduğu gibi, ivazın fesadı ile hul' anlaşması fasit olmaz; ancak koca rücu yoluyla karısından bedelin kıymetini alır.

8- Vasiyet ve vakıfta istihkak (Vasiyet edilen ve vakfedilen malın hak edilmiş olması):

Hanefîlere Göre: (4)

Vasiyet edilen şey (mûsâ bih)in istihkakının hükmü ile ilgili olarak şöyle de-

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr ve'd-Desûkî,* II, 349 vd.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* III, 265.
3- *el-Muğnî,* VII, 73.
4- Vakıf için: *Fethu'l-Kadîr,* V, 46 vd.; Vasiyet için: *Tekmiletü Fethi'l-Kadir el-İnâye ile* VIII, 498 vd.

mişlerdir: Bir kimse evinin satılmasını ve onun değerinin yoksullara dağıtılmasını vasiyet etse, vasi de bunu satsa ve kıymetini kabzetse, ondan sonra da bu ev istihkak edilse, vasi tazminatını öder. Çünkü akdi yapan kendisidir; dolayısıyla bu uhde (sorumluluk) ona ait olur. Çünkü ondan satın alan kişi, ancak satılan şeyin (mebînin) kendisine teslim edilmesi mukabilinde o semeni vermeye razı olmuştur. O ise bunu teslim edememektedir. Bu durumda o malı satan vasi başkasının malını rızası olmaksızın almıştır; dolayısıyla malı sahibine iade etmesi lazımdır. Bu durumda vasi, ölenin terekesine rücu eder. Çünkü kendisi ölenin bir âmili (onun adına iş yapan kimse)durumundadır. Vekilde olduğu gibi terekeye rücu eder ve bu rücu da terekenin tümünde olur. Çünkü onu aldatan ölen kişidir. Dolayısıyla yapılan bu tazminat ölü aleyhine bir borç olur; borç ise terekenin tümünden ödenir. Şayet satan hakim veya hakimin emini olursa, kazanın (yargının) aksamasını önlemek için tazminat ödemesi gerekmez. Zira bu durumda tazminat ödemek korkusuyla ümmetin maslahatı işlemeyebilir.

Eğer tereke telef olmuş veya terekede bunu karşılayacak kadar mal yoksa, vasi terekeden her hangi bir şey almak için rücu edemez. Ne mirasçılara rücu edebilir, ne de (eğer bu bedeli tasadduk etmişse) fakirlere rücu edebilir. Çünkü bu satma, ancak ölenin adına gerçekleşmiştir. Bu da ölenin üzerinde başka borçların olmasına benzer.

Mevkufun (vakfedilenin) istihkakı hükmüne gelince: Hanefîler şöyle der: Bir şeyi bütünüyle vakfetse, ondan sonra onun bir parçasının birkaç kişinin hakkı bulunan şâyi bir mal olarak hak edilmiş olduğu ortaya çıksa, İmam Muhammed'e göre vakıf batıl olur. Çünkü bu istihkak ile şuyunun vakıf ile birlikte olduğu ortaya çıkmıştır. Tıpkı bir şeyi tamamıyla hibe edip ondan sonra bir kısmının istihkak edilmesi hâlinde şuyunun hibe ile birlikte olmasından dolayı batıl olması gibidir.

Müstahak olmayanda (hak edilmeyende) vakıf batıl olduğu takdirde mevkuf, vâkıf hayatta ise, vâkıfa geri döner. Eğer bu istihkak ölümünden sonra ortaya çıkarsa bu sefer mirasçılarına döner.

Şayet hak edilen muayyen bir parça olursa, geri kalanda vakıf batıl olmaz; çünkü şüyu söz konusu değildir. Bu bakımdan baştan beri sadece kalan kısmın vakfedilmesi caizdir.

Şafiîlere Göre: [1]

Bir kişi bir başkasına, meselâ belli bir evin üçte birini vasiyet etse, bu evin üçte ikisi istihkak edilse, lehine vasiyet yapılan kişi, kalan üçte biri alır. Çünkü maksat, lehine vasiyet yapılana faydalı olmaktır. Müstehaktan geriye kalanın üçte birini alır da denilmiştir. el-İsnevî bu görüşü sahih kabul etmiştir. Tabii bu, bırakılan mirasın üçte birinin bunu karşılayabilmesi hâlinde böyledir. Değilse üçte birin karşılayabi-

1- *Esne'l-Metâlib,* III, 62.

leceği kadarını alır.

Hanbelîlere Göre: [1]

Bir kimse meselâ, ev gibi belli bir şeyin üçte birini bir başkasına vasiyet etse, bunun üçte ikisi istihkak edilse lehine vasiyet edilen kişi, eğer terekenin üçte birinden çıkabiliyorsa kalanın üçte birini alır. Değilse ve mirasçılar da uygun görmüyorsa, üçte birin üçte birini alır. Az önce geçtiği gibi, İsnevî'nin de sahih gördüğü ve üzerinde ittifak edilen görüş budur.

3. Kurbanlık ve Hedy Olan Hayvanda İstihkakın Hükmü

Hanefîlere Göre: [2]

Bir kimse kurban etmek üzere bir koyun satın alsa ve onu kurban etse, ondan sonra bir başka adam delil ile o kurbanda hakkı olduğunu ortaya koysa (istihkak etse), eğer müstahik bunu boğazlanmış olarak alırsa hiç birisinin kurbanı yerine geçmez. Bunlardan her birisi kurban bayramı içerisinde olduklan sürece bir başka kurban kesmek durumundadır. Kurban günleri geçmişse, kesen kişi orta derecede bir koyunun kıymetini tasadduk eder. Satın almış olduğu koyunun kıymetini tasadduk etmesi lâzım değildir. Çünkü istihkak ile kurban etmek maksadıyla o koyunu satın alması ile almamasının aynı olduğu ortaya çıkmıştır. Ancak kurban etmek üzere bir koyun satın alsa, sonra da onu satsa, durum böyle değildir. O takdirde onun kıymetini tasadduk etmesi lâzımdır. Çünkü o koyunu kurban etmek maksadıyla satın alması mülkiyet bulunduğu için sahihtir. O bakımdan onun kıymetini tasadduk etmesi onun üzerine vaciptir.

Eğer müstahik, koyunu kesen kişiye terkedecek ve ondan kıymetini tazminat olarak alacak olursa, bu kesim caizdir. Nitekim kurban etmek maksadıyla satın alınmış bir koyunu gasbetse, ondan sonra sahibinin emri olmaksızın kendi adına kurban etse, o koyunun asıl sahibi canlı olarak kıymetini, tazminatını ondan alsa, kesen için o kurban yeterlidir. Çünkü o geçmişe dayanan gasp vaktinden itibaren tazmin etme mecburiyeti dolayısıyla koyuna malik olmuştur. Bu durumda o, mülkü olan bir koyunu kesmiş olur ve bu, onun için yeterlidir. Ancak günahkâr olur. Çünkü o fiilinin başından itibaren bir haram işlemiştir. Tevbe ve istiğfar etmesi gerekir. Züfer müstesna Hanefî imamlarının görüşü budur.

Malikîlere Göre: [3]

Satın alıp kestiği bir koyunda başkasının hakkı olduğu ortaya çıksa ve müstahik bu satışı kabul etse, bu yeterlidir. Çünkü o, müstahika vereceği bedel ile tazmin etmiş olduğu bir şeyde bu kesme işini yapmıştır.

1- *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 368.
2- *el-Bedayi*, V, 76 vd.
3- *el-Hirşî*, III, 50.

Şafiîlere Göre: (1)

"Bu kurbandır" demek suretiyle kurbanlık tayin edilse yahut da meselâ: "Bu inciği kurban etmek, Allah için borcum olsun" diyerek ya da "Allah için" demeksizin: "Bunu kurban kesmek üzerime borç olsun diyerek muayyen bir danayı kurbanlık olarak adasa, kurban zamanında onu kesmesi gerekir. Eğer tayin edilen veya adanılan bir kurbanlık telef edilirse -kendiliğinden telef olması hariç- onun kıymeti ile onun yerine onun mislini satın alması ve şer'an istenen vakitte onu boğazlaması kendisine vaciptir. Şafiilerin ibaresinden öyle anlaşılıyor ki, istihkak da itlâf (telef etmek) gibidir. Eğer bir kurban adayacak olsa, ondan sonra "şu deve" vs. demekle adağını tayin etse, adak için tayin edilen telef olsa, esah olan görüşe göre asıl, yine onun zimmetinde kalır; çünkü onun yapmayı kendisine adadığı şey, zimmetinde sabit olmuştur. Tayin edilen ise, mülkiyeti elinden zail olsa bile, onun tarafından tazminat altındadır.

Hanbelîlere Göre: (2)

Bir kişi, bir kurban veya bir hedy satın alıp hayvanı belirlese, belirlemeden sonra hayvanda hakkı bulunan bir müstahik ortaya çıksa onun bedelini vermesi lâzım gelir. Eğer hayvanı belirlemeden müstahik ortaya çıksa, bu belirleme sahih olmadığından bedelini vermesi lâzım gelmez.

1- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 289.
2- *Keşşâfu'l-Kınâ,* II, 9.

MUKÂSSA (BORÇLARIN TAKASI) [1]

1. Tarifi ve Meşruluğu

Sözlükte *mukassa* "eşitlik sağlamak" demektir. Fıkhî bir terim olarak İbni Cüzey şu şekilde tarif etmektedir: [2] "Bir borcun bir başka borçtan kesilmesidir." Mukassada karşılıklı terk, ivazlaşma ve havale şekilleri de bulunmaktadır. ed-Derdîr şöyle tanımlamaktadır: "Sana karşı borçlu olan kimseden alacağını onun senden alacakları mukabilinde bir takım şartlarla düşürmendir." [3] Bu tarif ittifakla yapılan mukassa ile tek taraflı mukassayı da kapsamaktadır. Hanbelîler "cins, nitelik, vade, süre ve miktar olarak iki borcun birbirine eşit olması" diye tarif etmektedirler.

İbnü'l-Kayyim de mukassayı şöyle tarif etmektedir: "Mukassa, iki borçtan birisinin tür ve nitelik itibarıyla kendi misli olan bir borç mukabilinde sakıt olmasıdır." [4] Buna göre Hâlid'in Zeyd'den bir dinar alacağı bulunsa, Zeyd'in de Halid yanında alacağı olsa, bu sefer her iki borç eşit olarak (kısasen) karşılaşmış olur ve birisinin ötekinden borcunu isteme hakkı sakıt olur.

Mukassa mezhepler arasındaki ittifaka göre meşrudur. Çünkü İbni Ömer'in rivayet ettiği hadiste şöyle denmektedir: *"Peygamber (a.s.)'in yanına varıp şöyle dedim: "Ben Bakî'de deve satıyorum. Sattıklarımı dinarla, aldıklarımı dirhemle aldığım gibi, aksine dirhemle sattığım dinarla aldığım da oluyor." Peygamber (a.s.) şöyle buyurdu: "Aranızda her hangi bir şey (alacak verecek) kalmaksızın ayrılmanız şartıyla, o günün fiyatından almanda (ve satmanda) bir mahzur yoktur."* [5] Hz.

1- Mukassa (takas) bahsi için bk. Prof. Muhammed Sellâm Medkûr, *Mecelletu'l-Kânûn ve'l-İktisâd*, sayı, 1,2, yıl: 27; Sayı 4, yıl: 29.

2- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 292.

3- *eş-Şerhul Kebîr*, III, 227.

4- *İ'lâmu'l-Muvakkiîn*, I, 321.

5- Bu hadisi İmam Ahmed ve dört *Sünen* sahibi İbni Ömer'den rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr*, V 156.

borç da kalmaz. Böyle bir alacaklının lehine havaleden sonra borç sabit olacak olursa, karşılaşma olmadığından da mukassa meydana gelmez. Çünkü bu durumda ondan alacaklı olan kişi, artık alacaklı değildir, o muhalün aleyhten alacaklı olmuştur.

b) Cins, tür, nitelik, vadesinin gelmesi veya gelmemesi bakımından bir ve aynı olmak suretiyle iki borcun da birbirinin misli olması: [1]

Her iki borç da ayrı cinsten yahut tür itibariyla farklı olursa veya her ikisi de müeccel (vadeli) olursa yahut birisinin vadesi gelmiş, öbürü müeccel olursa, Hanefîlere göre mukassa gerçekleşmez. Malikîler ise şöyle demektedir: "Türlerin ayrı olması halinde mukassa sahih olur. Meselâ, deynlerden birisi ayn (altın veya gümüş) öteki yiyecek veya ticaret malı (urûz) yahut da birisi ticaret malı öteki de yiyecek olması hâlinde olduğu gibi. Arz (ticaret malı) ise, nakit ve yiyecek olmayan şeydir.

Bilindiği gibi dirhem ve dinar Hanefîlerdeki zahirü'r-rivayeye göre farklı iki cinstir. Şafiîlerle Hanbelîlere göre de böyledir. Ancak mukassada bunlar Hanefî ilim adamlarının bazılarının görüşüne göre, istihsanen tek bir cins (tür) kabul edilir. *el-Fetâva'z-Zahîriyye*'de şöyle denilmektedir: Bir kişinindiğerinden yüz dirhem alacağı olup borçlunun onun üzerinde yüz dinar alacağı olması hâlinde olduğu gibi, cinsler farklı olur ve mukassa yapılacak olursa, bu durumda dirhemler dinarların kıymetinden yüz dirhem kadar takas olur. Ve bu durumda dinar alacağı bulunan kimse, geri kalan miktar kadar dirhem alacaklısından alacaklı olur.

Günümüzde kâğıt paralar rayiç akçelerin yerine geçtiğinden nakitler, bazı Hanefî ilim adamlarının kavline göre, takasta teamüldeki örf ile amel ederek tek bir tür olarak sayılmaktadır ve bu konuda göz önünde bulundurulan husus kıymettir; bizatihi nakdin kendisi değildir.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre ise, kâğıt paralar bağımsız cinsler olarak kabul edilmektedir. Çünkü onlara göre dinar ile dirhemlerin cinsleri ayrıdır. Bu bakımdan birisi dinar, öbürüsü dirhem olan iki borç arasında cinsleri farklı olduğundan dolayı mukassa olmaz.

Sıfat (nitelik) itibarıyla borçların birbirlerinin misli olması ise, Hanefîlerle Hanbelîlere göre şart olup, bununla farklılıkları sebebiyle kıymet ve kendilerinden yararlanmalarında değişiklik meydana gelen nitelikleri kastederler.

Hanefîler her iki borcun da vadesinin gelmiş olmasını şart koşarlar. Eğer her ikisi de vadeli olur; yahut da birisi vadeli, öbürü vadesi gelmiş ise, hatta vadelilerin

1- Deyn (borç) zimmette bulunan bir vasıf (nitelik)tir. Hanefîlere göre o hakikatte bir mal değildir. Onun hakkında "mal" adı ancak mecazen kullanılır. Çünkü kabzdan sonra mal olmaktadır. Bir şeyin zimmette bir deyn olabilmesi, ancak misliyattan olması suretiyle, nitelik ile tespitinin mümkün olması hâlinde söz konusu olur.

vadeleri bir dahi olsa, zorunlu takas meydana gelmez.

Şafiîlerle Hanbelîler vadenin gelmesi ve vade süresi hakkında iki borcun birbirine uygun olması şartını koşmuşlardır. Birisinin vadesi gelmiş, öbürü vadeli ise yahut da her ikisi de vadeli olmakla birlikte vadeleri farklı olursa takas meydana gelmez. Şayet her ikisinin de vadesi aynı olursa, Hanbelîlerin görüşüne ve Şafiîlerdeki esah görüşe göre takas gerçekleşir.

Malikîler ise şöyle demektedir: Her iki borcun vadesi birlikte gelirse takas caiz olur. Vadesi birlikte gelmeyip birisinin gelir, öbürünün gelmezse, eğer birisi altın ve öteki gümüş olmak gibi cinsleri farklı olursa, caiz olmaz. Her ikisi de altın veya gümüş olursa, her iki borcun vadesi geldiği takdirde takas caiz olur. Şayet ikisinin de vadesi gelmemiş veya birisinin gelmemiş ötekinin gelmişse, bunda iki görüş vardır. Meşhur olan görüşe göre caizdir. Zira takas karşılıklı olarak zimmetlerin ibra edildiği karşılıklı terk anlaşmasıdır ve bu durumda töhmet uzak bir ihtimaldir. Bu durum, her iki borcun nakit olması hâlinde böyledir. Eğer borçlar yiyecek türünden olup karz sebebiyle meydana gelmişse vade gelmiş olsun olmasın, takas caizdir. Satış dolayısıyla meydana gelmişse takas, vade gelmiş olsun olmasın caiz değildir. Çünkü bu kabzdan önce yiyeceği satmak türünden olur. Eğer borçlar ticaret malları olursa ,vade ister gelmiş ister gelmemiş olsun, takas caiz olur.

Yine fakihler kalite ve kalitesizlik bakımından borçların birbirine uygun olmasını da şart koşmuşlardır. Şayet kalite bakımından aralarında fark varsa takas meydana gelmez.

Hanefîler kuvvet ve zayıflık bakımından borçların birbirine benzemesi şartını da koşmuşlardır. Meselâ, kadının nafaka alacağı, kocanın kadından alacağıyla ancak karşılıklı rıza bulunursa takas olur. Bu diğer borçlardan farklıdır. Çünkü nafaka borcu daha aşağı bir borçtur. Malikîler, Şafiîler ve Hanbelîler ise borcun kuvvetinde birbirine benzemeyi şart koşmamışlardır.

Yine Hanefîler, Şafiîler ve Hanbelîler piyasada itibar görüp görmemek, ucuzluk ve pahalılık bakımından da birbirine benzemeyi şart koşmuşlardır. Şayet borçlardan birisi sahih dirhemlerden, ötekisi de *galle dirhemlerin*den, yani tüccarların kabul edip beytülmalin kalp olduğundan dolayı değil de "mükesser" veya 'mukattaa" diye adlandırılan gümüş parçalardan oluştuğu için reddettiği dirhemlerden ise takas kendiliğinden gerçekleşmez. (1)

Sebeplerin ihtilâfı: Tarafların borçlarının sebebinin aynı türden olması, borçlar arasında takasın gerçekleşmesi için şart değildir. Borçlardan birisinin sebebi karz, ötekinin ise satılan bir malın bedeli veya ücretin karşılığı olması arasında fark yoktur. Şayet borçların birisi karz dolayısıyla, öteki satılan bir malın bedeli dolayısıyla söz konusu olmuşsa, sebepleri farklı olsa dahi, takas gerçekleşir.

1- *el-İnâye, -Fethu'l-Kadîr kenarında-* V, 381.

Peygamber'in "mahzur yoktur" sözlerinde, zimmette bulunan semenin başka bir şey ile değiştirilmesinin caiz olduğuna delil vardır. el-Bâbertî, *el-İnâye*'de şöyle demektedir: (1) "Bu hadis mukassaya istihsanen delâlet etmektedir. Bu ise alacak ile ayn arasındaki takas yapmadır. Çünkü bizatihi alacağın kendisinin kabz edilmesi tasavvur edilemez. Zira o, zimmette bulunan hükmî bir maldan ibarettir ve alacak (deyn) tayin ilebelirlenmiş olmaz. O halde deynin kabzı onun bedelinin yani ayn'ın kabzı demektir. Kıyasa göre ise, deyn ile ayn arasında türleri bir olmadığından dolayı mukassanın gerçekleşmemesi gerekir."

Akıl, mukassanın caiz olmasını gerektirmektedir. Çünkü borçları ödemenin mümkün olduğu biricik yol budur, başka bir yolla borçların ödenmesine de imkân yoktur. Şafiîlerle Hanbelîlere göre takas her iki borcun sabit oluşu ile hasıl olur ve bu konuda rızaya ihtiyaç yoktur. Çünkü alacaklılardan birisinin, ötekinden üzerinde bulunan borcun mislini talep etmesi abestir ve bunun bir faydası yoktur. (2)

2. Mukâssanın Mahalli (Konusu)

Mukassada aslolan, onun iki borç (deyn) arasında gerçekleşmesidir. Şöyle ki: Bir borçlunun alacaklısından kendisinin de bir alacağı bulunursa bu durumda karşılıklı olarak iki borç arasında takas olur. Takas, ayn ile ayn veya deyn ile ayn arasında vaki olmaz.

Ancak bundan önce de açıklamış olduğumuz gibi, Hanefîler bu mukassanın deyn ile ayn arasında meydana geldiğini açıkça ifade ederler. Bir kişi on dirheme bir dinar satın alacak olsa bu, onun dinarı satan üzerinde bir alacağı olur. Dinarı kabzetmesi hâlinde ise aynı akit gereği takas gerçekleşmiş olur.

Hakikatte böyle bir mukâssa aynı türden iki deyn arasında gerçekleşmiştir; iki ayrı türden olay deyn ile ayn arasında değil. Çünkü dinarı satın alan kişi, onu kabzetmekle, bu kabzı üzerinde ittifak ettikleri miktar olan on dirhemlik semen karşılığında *kabz-ı damân* (tazminat altında kabz) ile kabzetmiş olur. Dolayısıyla bunları kabzetmekle onun zimmetinde satıcı için benzeri sabit olmuş olur. Bu durumda iki borç, kısas yolu ile bir araya gelmiştir. Görünüşte takas farklı iki cinsten olan bir deyn ile bir ayn arasında gerçekleştiği vehmini vermekle birlikte bu ve benzeri şekiller iki deyn arasındaki mukassadır. Şöyle de denilebilir: Mecburî mukassa, ancak iki deyn (borç) da gerçekleşir. (3)

Hakların sahipleri arasında rıza veya ittifak yoluyla yapılan mukassa ise bir deyn ile bir ayn karşılığında caizdir.

3. Mukassanın Türleri

Mukassa ya caizdir veya değildir. Caiz olan da ya cebrîdir veya ihtiyarî (ittifakî) dir.

1- *el-İnâye -Fethu'l-Kadîr* kenarında-, V, 380 vd.

2- *Tuhfetu'l-Muhtâc*, II, 396; *Keşşâfu'l-Kınâ*, III, 253, 257.

3- Prof. Medkur, adı geçen dergi, yıl: 27, sayı: 1, s. 9-13.

1- Cebrî (zorunlu) mukassa ve şartları:

Cebrî (Zorunlu) Mukassa: Cins, nitelik, miktar, ödeme vaktinin gelmesi ve vadesi itibarıyla birbirinin misli olan iki borç arasında kendiliğinden meydana gelen ve tarafların rızasına veya taraflardan birisinin isteğine bağlı olmadan gerçekleşen mukassadır. Meselâ, bir kimse bir kişiden bir miktar nakit veya misliyyat (ölçülen veya tartılan şeyler) gibi zimmette borç olarak sabit olan bir şeyi borç alsa, sonra da borç alan alacaklısına üzerindeki borcun cinsinden peşin semen ile bir mal satsa, bu durumda bu iki deyn (borçlar) arasında mukassa meydana gelir ve bu ikinci deynin mücerret sabit olması ile ve tarafların rızasına veya her hangi birisinin talebine de bağlı olmaksızın her iki taraf için mecburî olmak üzere sabit olur.

Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlere (cumhura) göre bu şartlar gerçekleşir ve engeller bulunmazsa mukassa caizdir. [1] Ancak Malikîler [2] cebrî mukassayı sadece talep veya ittifaka binaen caiz kabul ederler. Onların çoğu mukassa tarifleri ittifakla yapılan mukassaya dairdir.

Cebrî mukassanın şartları:

Cebrî mukassada dört şart aranır: [3]

a) İki hakkın veya iki deynin karşılaşması:

Borçların aynı yerde bir arada olmaları, yani bir kişinin zimmetinde iki bakımdan bulunmaları demektir. Kişi bir bakıma alacaklı, diğer bakıma göre de borçlu olması ile olur. Takas, her iki taraf da aynı anda hem borçlu, hem alacaklı olmadıkça gerçekleşmez.

Buna misal: Bir müşterinin müvekkil üzerinde bir alacağı bulunsa iki borç karşılaşmış olacağından mukassa gerçekleşir. Kendisine velâyet edilen kişinin borcu karşılığında velinin veya vasinin borcunda hakların karşılaşması söz konusu olmadığından, mukassa meydana gelmez; fakat küçük çocuğu büyütmek durumunda bulunan (hadane hakkına sahip olan) kimsenin alacağı ile borcu arasında mukassa meydana gelir. Bununla birlikte alacaklı ile borçlusunun borçlusu arasında mukassa meydana gelmez. Çünkü bu iki borç arasında bir telâkî (karşılaşma) bulunmamaktadır. Diğer taraftan cebrî mukassa, havale ile bir arada bulunmaz. Çünkü havale cumhura göre borcu borçlunun zimmetinden muhalün aleyhin (üzerine havale edilenin) zimmetine nakleder. Buna göre borçlu kimse için alacaklısının üzerinde ödemesi gereken borç kadar bir alacak sabit olduğu takdirde, mukassa cebren gerçekleşir ve üzerinde kendisinin alacaklısını başkasına havale edeceği bir

---

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddu'l-Muhtâr,* Iv, 250; *el-ümm,* VII, 388 vd.; *Meşrû'u Taknîni'ş-Şerîa alâ Mezheb-i Ahmed,* madde 154; *Gâyetü'l-Müntehâ,* II, 114; *Keşşâfu'l-Kınâ;* III, 296 vd.

2- *el-Hattâb,* IV, 549.

3- *İbni Âbidîn,* IV, 250; *Keşşâfu'l-Kınâ;* III, 296, 373; *Gâyetu'l-Mühtehâ,* II, 114; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 292; *ed-Desûkî,* III, 227 vd.; *Fethu'l-Azîz Şerhu'l-Vecîz,* XVIII, 241; *el-Envâr,* II, 528; İşaret edilen mukassa bahsi.

Her birisinin sebebinin mahzur olmayan caiz bir sebep olması da, borçlar arasında takasın şartlarından değildir. Borçlardan birisinin sebebi satış gibi caiz bir sebep olsa, diğeri de gasp gibi mahzur (haram, yasak) bir sebep olsa veya her iki sebep de telef etmek gibi mahzur iki sebep dolayısıyla meydana gelse, yine takas gerçekleşir. Sebebin meşru olmaması, sebebin meydana gelmesinden sonra takasın gerçekleşmesine etki etmez. Çünkü sebebin mevcudiyeti zimmette borcun sâbit olmasıdır ve bu sebep vasıtası ile artık bu borç ödenmesi gereken diğer borçlar gibi olur.

c) Zarar Olmaması:

Gerçekleşmesi hâlinde cebrî takasta her hangi bir kimseye zarar vermemesi şartı aranır. Eğer bu takas sebebiyle taraflardan biri zarar görecekse, takas meydana gelmez. Hanbelîler şöyle demektedir: [1] Bir kadının, kendisine verilmesi vacip olan nafakasının türünden ödemesi gereken bir borcu bulunsa ve eğer bu borcunu ödeyemeyecek kadar darlık içerisinde olsa, kadının ödemesi gereken bu borcu nafakasından hesap edilerek düşülemez. Çünkü borcun ödenmesi ancak nafaka ve benzerlerinden artanlar ile yapılır. Yani kadına verilmesi borç olan nafaka ile onun ödemesi gereken borç arasında takas, kadının ödeme zorluğu çekmesi hâlinde vaki olmaz. Çünkü nafaka, borcun ödenmesinden öncelikli olup böyle bir şey yapılacak olursa, borçlu olan kadın zarar görmüş olur.

Aynı şekilde ölünün techizi de nafakada olduğu gibi, borca göre önceliklidir. Bir kişi terekeden her hangi bir şeyi, ölüden borcunun türünden alacaklı olana satacak olsa, ölenin hakkına riayet etmek ve zararı defetmek için takas vaki olmaz. Çünkü takas kabul edilecek olursa, borçlu olan ölü zarar görmüş olur.

Rehin ile tevsîk edilmiş bir borç, rehinden borcun istifa (tahsil) edilmesi hâlinde normal borçlara önceliklidir. Rehin veren merhunu mürtehin (rehin alan)ın dışındaki bir alacaklıya, mürtehinin borcunu ödemek maksadı ile satacak olsa ve rehnin kıymeti müşterinin râhindeki alacağının misli olsa yine takas vaki olmaz. Çünkü takas vaki olacak olursa, rehin olan o ayn'da hakkı bulunan o kimse zarar görür.

Aynı şekilde borçlunun kendisine ve ayna hakkı ilişkin olan kimseye zarar vermek, takasa mani olduğu gibi diğer borçluların hakkının ilişkin olması da takasa manidir. Ebu Hanife dışında kalan cumhura göre hakim, ondan alacağı olanların talebi ile borçlu müflisi hacir altına alabilir ve semen-ı misilden aşağısına satmaktan, tasarruf ve ikrarda bulunmaktan alacaklılara zarar verilmemesi için menedebilir.

Hülâsa, borçlardan her hangi birisinde başkasının hakkı ilişkili bulunursa takas caiz olmaz. Borçlardan birisinin hakkının ilişkili olmasına misal, mürtehinin dışındaki alacaklının borcunu ödemek kastıyla rehni satması; alacaklıların hakkı-

1- *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 297.

nın ilişkili olmasına misal ise, müflisin alacaklılarından her hangi birisine kendisinin alacağı türünden bir borç olmak üzere zimmetteki bir bedel mukabili satmasıdır.

Her iki durumda da takas olmaz. Çünkü birinci durumda mala mürtehinin hakkı taalluk etmektedir; ikinci durumda ise satılan şeyde diğer alacaklıların hakkı bilinmektedir.

Satış Talebinde Bulunan Alacaklının Hakkı:

Üzerinde haciz bulunan borçlu bir alacaklısının alacağını ödemek üzere bir şey satsa ve müşterinin de satıcı borçluda semenin türünden bir alacağı bulunsa, satanın borcu ile müşterinin alacağı arasında zorunlu olarak takas meydana gelir. Çünkü bu borçlu hacir altında değildir. Hacir altında olmayan borçlunun tasarrufu ise geçerlidir. Borçlu olan kimsenin alacaklılarından bazısına borcunu ödemesi bazısına ödememesi konusunda mani olmadığı gibi; üzerinde haciz bulunan borçlunun haciz altında olan malını satmasına da mani yoktur. Müşterinin alacağı karşılığında haciz altına alınmış şeyin satılmasını isteyenin alacaklıdan başkası olması hâlinde; müşteri ile satılan şeyin semeni kadar takasın vaki olmasını engelleyen bir şey de yoktur.

d) Takas Sebebiyle Dinî Bir Mahzur (yasak) Söz konusu Olmamalıdır:

Son olarak, zorunlu takasta dinen mahzurlu her hangi bir iş ortaya çıkmamalıdır. Selemin re'sulmalini (ücretini) kabzetmeden önce ayrılmak ve kabzetmeden önce müslemunfîh(selem aktine konu olan mal)'te tasarrufta bulunmak, sarf meclisinde karşılıklı kabz yapmamak, aynı şekilde peşin olması gereken ve ribanın cereyan ettiği mallarda kabzın peşin olmaması, "koy ve (bedelini almakta) acele et" kaidesine göre tasarrufta bulunmak ve buna benzer şer'î diğer mahzurların söz konusu olmaması gerekmektedir.

2- İttifakla yapılan takas:

Tarafların karşılıklı rızası ile yapılan takastır. Bundan dolayı şer'î bir mahzur söz konusu olmadığı sürece bu böyledir. Borçların cinsinin aynı olması ile olmaması, niteliklerinin uyması ile uymaması, haklardan birinin deyn ötekinin ayn olması arasında da fark yoktur.

3- Caiz olmayan takas:

Şartlarından her hangi bir şartı bulunmayacak olursa takas caiz olmaz. Bu şartlardan birisi de takasın olması halinde şer'î bir hükme muhalefet etmektir. Ancak şart, bazı sarf meseleleri ile selemin re'sumâlinde, müslemünfîh'te ihlâl edildiği; aynı şekilde tarafların rızasıyla faiz şüphesinin varlığı halinde bile bu şer'î hükme muhalefet edildiği durumlarda görülmektedir.

a) Sarf: [1] (Nakitlerin birbiriyle mübadelesi):

Takas, sarf akdi meclisinin son bulmasından sonra sarf yapanların borçları arasında yapıldığı takdirde batıl olur. Sarf akdi bu durumda batıldır ve onunla her hangi bir borç sabit olmaz. Dolayısıyla takasta bulunan taraflardan birisinin zimmetinde borç olmadığından dolayı takas da batıl olur.

Bunun dışında takas sahihtir. İster daha önceki bir borç karşılığında olsun, ister sonraki bir borç karşılığında olsun, ister sonraki bir borç karşılığında olsun, isterse de tazminat altında bir kabz yoluyla mecliste kendisinden alacaklı kişi üzerinde borçlu için sabit olan bir borç karşılığında olsun; hepsinde takas sahih olur.

- İki kişi daha önceki bir borç karşılığında sarf akdinde bulunup akdi ona izafe etseler caiz olur. Şöyle ki: Bir kişinin diğerinden on dirhem alacağı bulunsa, bu borçlu kişi üzerindeki on dirhem karşılığında ona bir dinar satacak olsa bu caizdir. Çünkü akdi bu borca izafe etmek suretiyle tarafların böyle bir şeyi istemelerine bağlı kalmaksızın aynı akitle takas gerçekleşmiş olur. Bunun izahı şöyledir: Kişi dinarın bedelini on dirhem kabul etmiştir ve bu dirhemlerin kabzı da, kabzedilerek belirlenmesi de vacip değildir. İcmaen bu caizdir. Çünkü kabz yoluyla belirlemek nesîe faizinden uzak kalmak içindir. Sakıt olan bir borçta ise fâiz olmaz. Fâiz ancak akıbetinde tehlike bulunan borçta meydana gelir. Yani kabz ihtimalinin olup olmaması ile ilgilidir. Bu bakımdan borç olan dirhemleri yine borç olan dinarlar ile değiştirme durumunda böyle bir tehlike olmayacağından sahihtir.

- On dirhem borcu olan kişi; alacaklısına bir dinarı, -üzerindeki on dirhem karşılığında alması kaydını ileri sürmeden- on karşılığı diye satsa ve bu dinarı teslim etse; semen olan on dirhem ile borç olan on dirhem arasında takas yapsalar istihsanen caiz olur. [2] Çünkü karşılıklı kabz suretiyle birinci akit fesholmuş olur ve bu borca izafe edilerek bir başka sarf akdi gerçekleşmiş olur. Çünkü bunlar akdin mucibini değiştirmek suretiyle eski akdi feshetmiş, yine onu gerektiren bir başka akit yapmış oluyorlar. Nitekim eğer satışı ilk semenden daha fazla bir semen ile yenileyecek olursa da durum böyle olur. Yani bu takas ilk akdi feshi ihtiva etmekte ve bu fesih iktizaen sabit olmaktadır. Bu iki durum önceki borçta takas ile ilgilidir.

- Eğer borç sarftan sonra meydana gelmişse, meselâ bir dinarı bir başka kişiye on dirhem karşılığında satsa, dinarı satın alan kişi de onu satan kişiye sarf meclisinde on dirhem karşılığında bir elbise satsa ve bu elbiseyi ona teslim etse, sonra da o mecliste dinarın karşılığı olan on dirheme karşılık elbisenin karşılığı olan on dirhemi takas etseler, bu konudaki iki rivayetten esah olanına göre takas caiz olur. Çünkü

1- *el-Mebsût,* XIV, 19 vd.; *Fethu'l-Kadîr, -el-İnâye ile-* V, 379 vd.; *el-Bedâyi,* V, 206, 218; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddu'l-Muhtâr,* IV, 249 vd.

2- İmam Züfer'in esas aldığı kıyas ise, bunun caiz olmamasıdır. Çünkü bu kabzdan önce sarfın bedelini değiştirmek, yani bedel üzerinde tasarrufta bulunmaktır.

birinci akit, bunlar takasa yöneldiklerinden dolayı iktizaen fesholmuştur.

- Eğer mutlak bir borç karşılığında bir aynın satılması suretiyle sarf akti meydana gelse, ondan sonra da borçlunun alacaklısı üzerinde tazminat altında kabz yoluyla ve o mecliste bir alacak sabit olsa, karşılıklı rızaya gerek olmaksızın zorunlu olarak takas gerçekleşir. Nitekim alacaklı kişi, kendisine borcu olan kişiden semenin mislini karz olarak alsa veya ondan gasbetse, yine durum böyledir. Çünkü kabz, tahakkuk etmiştir.

Dikkat edilecek olursa, birinci şeklin dışında kalan bütün bu şekillerde takasın sarf akdi meclisinin bitişinden önce meydana gelmesi lazımdır. Şayet meclis sona erecek olursa, önceden de açıklamış olduğumuz gibi sarf batıl olacağından takas da batıl olur.

b) Selemin Re'sumali (Ücreti) İle Takas:

el-Bedâyi müstesnâ, genel olarak bütün fıkıh kitapların belirttiklerine göre Hanefî, Şafiî ve Hanbelîler [1] ittifakla selemin re'sumali ile bir başka borç karşılığında mutlak olarak takasın caiz olmadığını belirtmişlerdir. Söz konusu bu borç, ister selem akdinden önce meydana gelmiş bir borç olsun, ister selem akdinden sonra meydana gelmiş olsun ve hatta taraflar karşılıklı rızada bulunmuş olsun, caiz değildir. Çünkü takas, kabzdan önce selem borcunda bir tasarruftur ve bu sahih değildir. Zira akit meclisinde selemin re'sumali'nin tamamıyla kabzedilmiş olması şartı vardır.

c) Müslemünfîh (üzerinde selem akdi yapılan mal veya menfaat)ile Takas:

İmam Muhammed'in *el-Asl* [2] adlı eserinde açıklamış olduğu gibi müsle münfîh'te de takas caiz olmaz. Bir kişi bir müd buğdayla selem yapsa, sonra da bir başka kişi yine bir müd buğdayda selem yapsa ve her ikisinin de müddeti bir olsa, sıfatları da bir veya farklı bulunsa bunlar arasında takas sahih olmaz. Çünkü bu kabzedilmemiş şeyin satışıdır. Onlardan her biri bir müd buğday veya her hangi bir şeyi kabzetmiş değildir. Onun karşılığında satın aldığı şey de onun üzerinde bir deyndir. Halbuki onun, ancak kendi re'sumalini veya üzerinde selem yaptığı selemini alması caizdir.

Şayet bunlardan önce olanı selem, diğeri karz olursa, her hangi bir durumda bunların her hangi birisi de takas mevzusu olmaz. Çünkü takas eşitlik sağlamaktan ibarettir ve bu durumda onlar arasında eşitlik yoktur. Zira birisi acildir diğeri vadelidir. Peşin ise vadeliden iyidir. Selemin vadesi gelecek olursa, o takdirde biri ötekinin takası olur.

Şayet bunlardan biri karz, diğeri selem olursa, yine aralarında takas olmaz. Ta-

---

1- *Tebyînü'l-Hakâik*, IV, 140; *el-Envâr*, I, 265; *Keşşâfu'l-Kınâ*, III, 296 vd.
2- *el-Mebsût*, XII 168.

raflar takas için razı olsalar dahi böyledir.

d) İkaleden (fesihten) Sonra Selemin Re'sumali:

İkale olduğu takdirde, selemin re'sumalinin hükmü, müslemünfîh (üzerinde selem akdi yapılan mal veya menfaat) hükmü gibidir. Müsleminfîhte takas caiz olmadığına göre (çünkü o kabzdan önce tasarrufun kendisinde caiz olmadığı menkul bir mebîdir) selem akdinde ikale yaptıkları takdirde, ikaleden sonra selemin re'sumalinde takas caiz olmaz. Bu durumda bütününü kabzetmedikçe müslemünileyh (satıcı)dan re'sumali ile her hangi bir şey de satın alamaz. [1] Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Sen kendi seleminden veya re'sumalinden başkasını alma."* [2] Yani fesih esnasında böyle yap demektir. Çünkü artık o mebî'ye benzemiş olmaktadır, dolayısıyla kabzdan önce onda tasarruf helâl olmaz.

e) Riba (Faız) Şüphesi:

İmamlar faiz şüphesi taşıyan şeyin haram olduğu üzerinde ittifak etmişlerdir. Meselâ, beraberinde bir menfaatsağlayan her bir karz (borç verme), haram bir ribadır. Yine imamlar arasında ittifakla kabul edilen *sedd-ü'z-zerâi'* (harama giden yolları kapama) ilkesi ile amel ederek bu görüşü kabul etmişlerdir. İlkeyi uygulamalarında ve ilkenin boyutlarında ihtilâf etmekle birlikte, bu konuda ittifak etmişlerdir. Buna göre şayet takas her hangi bir şekilde ribaya götürecek olursa, bu takas caiz olmaz.

Malikîlerin zikrettiği üzere vadeli satışlarda bunların bazı misalleri şöyledir: [3] Bir kimseye vadeli on dirhem karşılığında on irdeb [4] yiyecek satacak olsa ve bu yiyeceği alıp ondan yararlandıktan sonra kendisine satan kişiye on dirhem ile satın aldığı türden yirmi irdeb satsa ve ona on takas yapacak olsalar, caiz olmaz. Çünkü kendilerinden istifade ettiği on irdeb yiyecek vermiş, sonra da yirmi irdeb almıştır. Semene karşılık semen ise kaldırılmıştır. Çünkü bu bir takastır; dolayısıyla burada beraberinde bir menfaat sağlayan bir kabz söz konusudur.

4. Mukassa (Takas)'a Dair Hükümler

Burada hükümden maksat, bir şeyden ortaya çıkan sonuç veya onun gereğidir.

Takasın gereği iskattır. Ancak bu, katıksız bir iskat değildir; ödeme manasına

1- *el-Hidâye -Fethu'l-Kadîr ile-*, V, 345.

2- Abdürrezzak tarafından İbni Ömer'den rivayet edilmiş bir haberdir. İbni Ebu Şeybe ise bunu Abdullah b. Amr'dan rivayet etmektedir. Ebu Dâvud ve ibni Mâce ise bunu Ebu Saîd el-Hudrî'den, Resulullah (a.s.)'a *merfû* olarak şu şekilde rivayet etmektedir: *"Her kim her hangi bir şey hakkında selem yaparsa, onu başkasına kaydırmasın." Nasbu'r-Râye,* IV, 51.

3- *Şerhu'r Risâle,* II, 140.

4- Halen kullanılan bir Mısır İrdeb'i 198 litre veya 156 kg.dir. Mısır veya Arap irdebi ise 66 litreye tekabul eder. (Çeviren)

gelen yani bedel karşılığında bir iskattır. Burdaki bedel de de ödeme manası bulunan, yani bedel karşılığı olan bir iskat söz konusudur. Bedel ise ötekinin hakkını iskat etmesidir. Nitekim ibra şartı ile talâkta da durum böyledir. Talâk da ibra da bu durumda ayrı birer iskat olurlar; her biri ötekinin karşılığında iskat olmaktadır. Buna göre takas da muavaza manası taşıyan bir ıskat olur. Malikîler şöyle demektedir: Mukassadan maksat, ivazlaşma ve ibradır. Hanefîler ise şöyle demektedir: Mukassada vefa (ödeme) manası vardır. Hatta Hanefîlere göre vefa (ödeme) ancak mukassa yoluyla olmaktadır.

Bu ödeme ise cebren gerçekleşen bir iskattır ki, Hanefîlerin görüşüne göre ancak karşılıklı rıza ile yapılan takasta bu böyledir.

Fakat takas ile sakıt olan nedir? Borcun kendisi midir yoksa borcun istenmesi midir?

Hanefîlerin dışında kalan cumhur şöyle demektedir: Mukassa eşit olmaları hâlinde iki borcu da iskat eder. Eğer aralarında fark varsa, az olan borç miktarı ötekinden sakıt olur. Yani daha fazla olan borçtan miktar itibarıyla farklı olursa, daha az olan miktar sakıt olur ve böylelikle zimmetler iskat ibrası ile ibra olur. Sadece talep ibrası ile ibra olunmaz.

Hanefîlerin görüşüne göre ise takas, borcun aslını ıskat etmez. Sadece onun talep edilmesini ıskat eder. Borcun kendisi ise her ne kadar onu talep etmek sahih olmazsa da, zimmeti işgal etmeye devam eder. Yani bu durumda o "tekâdüm (zaman aşımı)" sebebiyle davasının dinlenmediği hakka benzemektedir. Buna bağlı olarak takastan sonra ibra iskatı yolu ile borçtan ibra sahih olur. Borcun hibesi de sahih olduğu gibi, bu durumda onun miktarından indirmek de sahihtir. Bir kişi bir başkasının borcunu teberruan ödese, alacaklısı borçluyu iskat yoluyla ibra etse ödemeyi yaptığı kimseye rücu eder. Ancak bu gerçekte oldukça garip bir görüştür; adalete sığmaz. Çünkü bir kimse alacaklısına borcunu ödese veya o borçta onunla takas yapsa; bundan sadece onun artık bu konudaki sorumluluğunu kaldırdığı ve bu açıdan zimmetini arındırdığı manası çıkar. Yoksa sadece bu borcun kendisinden istenmesini önlemek için çalışması manası çıkmaz.

Borcun tevâ helâk olma ve kaybolma tehlikesi bulunduğundan, aynın borçtan hayırlı ve üstün olması; her zaman için kalıp devam eden borçta ortaya çıkar. Sahibi tarafından ayn ile ödenip böylelikle ödemenin gerçekleştiği sabit bir deynde bu, söz konusu olmaz. Eğer ödeme ile ödeyenin zimmetinde bir borç sabit olduğu görüşünü kabul edecek olsak ve bu durumda birbirine benzer ve birbiri ile karşı karşıya gelen iki borç olduğunu kabul etsek, niçin borcun aslı sakıt olmuyor da sadece bununla borcun talep edilme hakkının sâkıt olduğunu söylüyoruz? (1)

Mukassa (Takas)'nın Nakzedilmesi: Şayet mukassa sahih bir şekilde gerçek-

1- Prof. Sellâm Medkûr'un Mukâssa'ya dair adı geçen dergideki adıgeçen bahsi, sayı: 4, yıl: 29, s. 34.

leşecek olursa onun fesih veya başka yolla nakzedilmesine imkân yoktur. Çünkü sakıt olan bir şey, tekrar avdet etmez. Borç sakıt olduğu ve ortadan kalktığı takdirde, artık nakzedilmesi mümkün değildir.

Ancak sahih takasın vukuundan sonra alacaklılardan her hangi birisini, takasın meydana geldiği borcun tamamını almaya sahip kılmayacak bir durum meydana gelebilir. O takdirde almaya hakkı olmayan miktar kadar ise o miktar takas nakz olur. Nitekim takasın yapılmasından sonra borçlardan her hangi birisinin zail olmasını gerektiren bazı hususlar meydana gelir. O takdirde bundan dolayı nakzedilmiş olur.

Birinci durumun misali şudur: Karz yoluyla bir kimseden bin dinar alacağı bulunsa, ondan sonra da bu karzı alan kişi kendisine karz veren kişiye sağlığı hâlinde - meselâ vadeli olarak- bin dinara bir halı satsa, ondan sonra karz alan bu kişi hastalansa ve karzının vadesi gelse ve onun üzerinde ödeyecek borçları bulunsa, takas gerçekleşir. Şayet üzerinde borçlar olmakla birlikte ölse, bu durumda alacaklılar ödemesi gereken (halının) karşılığı olan değerde müşteriye tabi olurlar. Bunun manası şudur: Takas ölenin hayatında semenin tümü ile gerçekleşmiştir. Zira alacaklılarının hayatta iken ona itiraz etmelerine imkân yoktur. Zira onun ölümcül bir hastalığa yakalandığı ortaya çıkmamıştır. Yakalandığı bu hastalıktan kurtulamayacak ölecek olursa alacaklılarının hakkının sübutu vaktinde, ölüm hastalığı sebebiyle malına taalluk ettiği ortaya çıkar. Bundan dolayı müşterinin kendi alacağından ancak diğer alacaklılar ile birlikte kendisine isabet edebilecek miktar kadar tahsil etme hakkı vardır. Bu durumda, hasta kimse hayatta olduğu sürede müşterinin payından fazla miktar ile sahih olarak gerçekleşen takas batıl olur.

İkinci durumun misali: Vekilin müşteriye borcu bulunsa satın alınanın bedeli takas olur. Şayet vekil sattığı şeyi elinde telef oluncaya kadar teslim etmeyecek olursa, takas batıl olur. Çünkü satılan şey, teslimden önce helâk olunca, satış aslı itibariyle fesholmuş ve adeta hiç olmamış gibidir.

İKRAH [1]

1. İkrahın Hakikati ve İki Türü

İkrahın Hakikati: İkrah, sözlük manası itibarıyla "başkasını istemediği bir işe baskı altında tutarak mecbur etmek"tir. Bu severek ve rıza ile yapmaya aykırıdır. Bu bakımdan yüce Allah'ın şu buyruğunda hem sevmek, hem de ikrah bir arada zikredilmiştir: *"Olur ki bir şey hoşunuza gitmezken o, sizin için hayırlı olur; bir şeyi de sevdiğiniz halde o da hakkınızda şer olur."* (Bakara, 216)

Fıkhî ıstılahta ise bir kimseyi, razı olmadığı ve kendi iradesi ile başbaşa bırakıldığı takdirde yapmayı seçmeyeceği bir işi yapmak zorunda bırakmaktır. Serahsî, *el-Mebsût* adlı eserinde ikrahı şöyle tarif etmektedir: "İnsanın başkası sebebiyle yapmış olduğu ve bununla rızasının ortadan kaldırıldığı yahut da seçme imkânının (ihtiyarının) yok olduğu bir fiildir."

Rızadan maksat, yapılan işin rahatlıkla ve arzu duyularak yapılmasıdır. Seçme imkânı (ihtiyar)ndan maksat ise bir şeyin yapılmasını terkedilmesine tercih etmek veya bunun aksini yapmak demektir.

İkrahın biri *mülci'* veya *kâmil ikrah*, diğeri ise *gayr-i mülci'* veya *kâsır (eksik, kusurlu) ikrah* olmak üzere iki çeşidi vardır.

Mülci' İkrah: Kişinin kudret ve ihtiyarını (seçim ve tercihini) tamamıyla ortadan kaldıran zorlamadır. Kişinin nefsine yahut da azalarından her hangi birisine gelebilecek bir zarar ile tehdit edilmesi hâlinde söz konusu olur. Hükmü: Böyle bir ikrah rızayı ortadan kaldırır, ihtiyarı (seçim ve tercihi) bozar. Öldürmekle tehdit, azalarından birisini kesmekle korkutmak, canın veya her hangi bir organın telef olmasından korkulacak, canın veya organın telefi ile sonuçlanacak şekilde, az

---

1- İkrah ile hacir arasında benzerlik vardır. Çünkü bunların ikisinde de ihtiyar sahibi olan birisinin tasarrufta bulunma velâyeti ortadan kaldırılmaktadır. *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 309.

ya da çok ve peşpeşe şiddetli dayak gibi hususlar buna bir misaldir.

Mülci olmayan veya *nakıs ikrah* ise, hapisle, bağlamakla,öcecek şekilde dayaklayahut malın bir kısmını telef etmek gibi hususlarla tehdit sonucu ortaya çıkan ikrah türüdür. Bunun hükmü; rızayı ortadan kaldırmakla birlikte, ihtiyarı ifsat etmemesidir. [1]

Hanefîlerde üçüncü tür bir ikrah daha vardır ki, bu da *edebî ikrâh*tır. Bu da rızanın bütünüyle ortadan kalkmasına sebep olmakla birlikte, ihtiyarı ortadan kaldırmaz. Usûl veya fürûundan, kardeş veya kızkardeşinden veya onlara benzer yakınlarından her hangi birisini hapsetmekle tehdit gibi. Böyle bir ikrâhın hükmü, kıyasen değil de istihsanen şer'î bir ikrah olmaktadır. Hanefîlerden Kemal İbnü'l-Hümâm bunu böylece açıklamıştır. Buna bağlı olarak, ikrah sonucu yapılan tasarrufların geçerli olmaması söz konusudur. [2]

Şafiîler ikrahın, sadece mülci ikrah olmak üzere bir çeşit olduğu görüşündedirler. Mülci olmayan ikraha ise "ikrah" denilmez. Şafiîler şöyle demektedir: "İkrâh, ileri derecede dövmek, uzun süre hapsetmek, malı telef etmek gibi çekinilen bir şeyle korkutmakla meydana gelir. İnsanların durumlarındaki değişikliklere göre böyle bir ikrahın etkisi de değişik olur. Gelecekte gerçekleştirileceği bildirilen, meselâ: "Yarın seni döveceğim" gibi bir ceza ile korkutmakla ikrah hasıl olmadığı gibi; üzerinde kısas olan bir kimseye "Şunu yapmayacak olursan, sana kısas uygularım" şeklinde, zaten böyle bir cezaya hak kazanmış kimseyi korkutmakla da ikrah meydana gelmez. İkrahın şartı, mükrihin (zorlayan kimsenin) yaptığı tehdidi velâyet veya zulüm yoluyla âcilen ve kuvvet kullanarak gerçekleştirebilecek durumda olması; müstekreh (ikrah edilen)in de kaçmak veya buna benzer bir yolla bunu defetmekten âciz olması ve eğer zorlandığı fiili yapmaktan kaçınacak olursa, tehdit edildiği işin gerçekleşeceğinden korkmasıdır. Haksız yere müstekreh (ikrah edilen)in yaptığı tasarruflar geçerli değildir. Ancak öldürme ve buna benzer cinayetleri işleyecek olursa ona kısas uygulanır. [3]

2. İkrahın Şartları

İkrahın gerçekleşmesi için bir takım şartlar gereklidir. Söz konusu şartlar aşağıda gösterilmiştir:

1- Mükrih tehdit ettiğini uygulamaya kâdir olacak, aksi takdirde onun söyleyecekleri hezeyan olur. Buna göre Ebu Hanife: "Ancak sultan ve benzeri yönetici tarafından ikrâh olur. Çünkü yöneticinin dışında tehdit ettiğini gerçekleştirme imkânını bulan kimse yoktur." demiştir.

Ebu Yûsuf, Muhammed ve diğer üç imam şöyle demektedir: "İkrah yönetici-

1- *el-Bedayi*, VII, 175; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir*, VII, 292 vd.; *Tebyînü'l-Hakaik*, V, 181; *Dürerü'l Hukkam*, II, 269 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr*, V, 88 vd.; *el-Vasît fî-Usuli'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 185 vd.; *eş-Şerhu's-Sağîr*, -Daru'l-Meârif baskısı II, 546 vd.

2- Şeyh Zekeriyya el-Berdîsî *Bahsu'l-İkrâh*, 372.

3- *Tuhfetü't-Tullâb, (el-Ensârî)*, 272

den de başkasından da tahakkuk eder; çünkü başkasına zarar verebilmek, tasallut sahibi olan her kişi tarafından mümkündür."

İmamı Azam ile iki talebesi arasındaki bu görüş ayrılığı, asır ve zaman ayrılığı sebebiyle ortaya çıkmıştır; yoksa bu konudaki delil ve burhanlarının farklı oluşundan değil. Ebu Hanife kendi dönemine uygun olarak fetva vermiştir; daha sonra onun iki talebesi olan Ebu Yusuf ve Muhammed döneminde durum değiştiğinden fetva da duruma göre değişiklik göstermiştir. el-Bağdâdî şöyle demektedir: "İster yönetici olsun, ister başkası olsun yaptığı tehdidi gerçekleştirebilecek kişi tarafından meydana geldiği takdirde, ikrahın hükmü de sabit olur" (1)

2- Müstekreh (ikrah olunan)in, mükrihin (ikrah edenin) kendisini zorladığı şeyi yapmayacak olursa, tehdidini yerine getireceğini zann-ı galip ile zannetmesi ve kaçmak, başkasının yardımını istemek veya direnmek gibi bir yolla bu tehditten kurtulmaktan âciz olması.

3- Tehdit ederek kendisi vesilesiyle yaptığı zorlamanın canın, âzanın veya malın telefini yahut da hanımın yahut da anne babanın hapsedilmesi tehdidi gibi kendisi için önemli olan bazı kimselere ulaşacak bir eziyeti ihtiva etmesi veya durumuna göre rızasını ortadan kaldıran bir kederin ona ulaşmasını ihtiva etmesi gerekir. Çünkü bazı kimseler ağır bir sözle kederlenirken, bazı kimseler de ancak şiddetli vurmak sonucu üzülür ve bundan etkilenir.

4- Müstekreh (ikrah edilen)in ikrahdan önce yapmak üzere ikrah edildiği işten kaçınmakta olması. Yani ya malını satmak gibi kendisine ait bir hakkı sebebiyle yahut da başkaksının malını telef etmek gibi bir başka kişinin hakkı sebebiyle ya da şarap içmek, zina etmek gibi şer'î bir hak sebebiyle ikrah edildiği işi yapmaktan uzak durması.

5- Kendisi ile tehdit edildiği işin tehlike itibarıyla müstekreh için daha ileri derecede olması. Meselâ, bir kimse eğer kendisinin veya başkasının malını telef etmeyecek olursa, yüzüne çimdik atmakla tehdit edilse ve ona göre yüzün çimdiklenmesi malın telefinden daha küçük bir tehlike ise bu, ikrah sayılmaz.

6- Yapılması için zorlandığı fiilin, kendisi ile tehdit edildiği işten kurtulmayı sağlaması: Bir kişi bir başkasına: "Ya sen kendini öldür ya da ben seni öldürürüm" diyecek olsa, bu cumhura göre ikrâh sayılmaz. Hanbelîlerde tercih edilen görüşe göre de hüküm böyledir. Çünkü kişinin kendisini öldürmesi yapılan tehditten kurtulmasına sebep teşkil etmez. Böyle bir durumda müstekrehin yapmak üzere zorlandığı işi yapmaya kalkışması sahih olmaz.

7- Kendisi ile tehdit edilen işin âcil olması: Eğer gelecekte gerçekleştirileceği söylenmişse ikrah olmaz. Çünkü böyle bir geciktirme durumunda başkasından yardım istemek yahut da devletin otoritesine sığınmak suretiyle tehdit edildiği işten

---

1- *Mecmau'd-Damânât,* 204

kurtulmak ihtimali vardır. Bu, Hanefîlere ve Şafiîlere ve bazı Hanbelîlere göre şarttır. Malikîler de şöyle demektedir: "Kendisiyle tehdit edildiği işin âcil olması şartı yoktur. Önemli olan halen korkunun mevcut olmasıdır ve şart budur." Benim kanaatimce daha tercihe şayan görüş de bu görüştür.

8- Müstekrehin mükrihe ikrah edildiği işten başkasını yapmak, fazlasını yapmak veya ondan eksiğini yapmak suretiyle muhalefet etmemesi. Şayet bu üç hâlde ona muhalefet edecek olursa, bu yaptığı işi isteyerek yapıyor demektir. Artık o müstekreh olmaz. Bu Şafiîlerle Malikîlerin görüşüdür.

Şayet bir kişi, bir başkasını karısını boşamak üzere ikrah etse, fakat o evini satsa yahut o kişi karısını bir ric'î talak ile boşamak üzere zorlasa, o da onu üç talâk ile boşasa, karısını üç talâk ile boşamak üzere zorladığı hâlde, o da onu tek talâk ile boşayacak olsa, bütün bu üç şekil onlara göre geçerlidir; çünkü bunlar her hangi bir şekilde ikrah kapsamında değildir.

Hanefîlerle Hanbelîler de şöyle demektedir: Kişinin ikrah edildiği şeyden daha azını yapmak suretiyle noksan yapmakla muhalefeti, kişiyi ihtiyar sahibi olmaksızın mükreh yapar. Fazlasını veya ikrah edildiği işten başkasını yapmak ise, onu mükreh olmaktan çıkartır; Şâfiîlerle Malikîlerin de söylediği gibi bu durumda o kişi, ihtiyar sahibi bir kimse olur.

9- Şafiîler yapılması için ikrah olunan şeyin tek bir şey olmak suretiyle tayin edilmesini şart koşmuşlardır. Bir kimse filân hanımını boşamak üzere ikrah edilse, bu bir ikrah sayılır. Ancak iki hanımından birisini boşamaya yahut Zeyd veya Amr'dan birisini öldürmeye ikrah edilecek olsa, bu ikrah sayılmaz.

Fakat Hanefî, Malikî ve Hanbelîler böyle bir şart koşmamışlardır. Bir kişi iki hanımından birisini boşamak üzere ikrah edilse, o da bunlardan birisini boşayacak olsa, o kişi mükreh olur. Bence daha tercihe şayan görüş budur.

10- Kendisi ile tehdit edildiği işin, mükrih için kendisinin bir hakkı veya kendisinin bir görevi olmayan bir şeyi elde etmesine yol açacak bir hak olmaması: Eğer ikrah olunduğu şey, mükrih için kendisi için hak olmayan şeye ve kendisi için gerekmeyen bir şeye ulaşmak için bir araç olarak kullanılacak olursa; kocanın hanımını eğer kendisinde bulunan alacağından ibrâ etmeyecek -boşamakla tehdit etmesi halinde olduğu gibi- olursa bu, ikrah olmaz. Bazıları da: Bu bir ikrah kabul edilir. Çünkü koca, karısının efendisidir, dolayısıyla onun tarafından ikrah gerçekleşir, demişlerdir.

Bu, Şafiîlerin müteahhir âlimlerince şarttır. Hanefîler de bu konuda onlarla aynı görüştedirler. İmam Ahmed ise böyle bir şart öngörmemiştir. Ona göre ikrah, kendisi ile tehdit olunan şey mükrihin bir hakkı ile dahi olsa, gerçekleşir.[1] Makul

---

1- *el-Bedayi,* VII, 176; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 293; *el- Kitab ma'a'l-Lübâb,* IV, 107; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 182; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 89 vd.; *el-Berdîsî, a.g.e., 7 vd.;* Muğni'l-Muhtâc, III, 289 vd.; *el-Muğnî,* VII, 120; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 227 vd.

olan da budur.

Hülâsa, Şafiîler ve Hanbelîler ikrahın üç şartı üzerinde ittifak etmişlerdir: Evvela, mükrihin tehdit ettiği işi gerçekleştirebilecek bir gücü veya hırsız vb. kimse gibi bir tasallutu olması; ikincisi müstekreh olanın kaçmak veya buna benzer bir yolla ikrahı defetmekten âciz olması ve eğer tehdit edenin istediğini yapmayacak olursa yapılan tehdidin gerçekleşeceğini zann-ı galib ile zannetmesi; üçüncü olarak da öldürmek, ileri derecede dövmek, uzun süre bağlamak ve hapsetmek, malını ve benzeri şeylerini telef etmek gibi kişinin çokça zarar göreceği türden olması, Hakaret veya küfür ikrah değildir.

Yine Şafiîler ikrahın haksızca olmasını da şart koşmuşlardır.

3. Hissî Tasarruflarda (Fiilî veya Maddî Vakıalarda) İkrahın Etkisi

Yapmak veya yapmamak konusunda zorlamanın söz konusu olduğu iş ya hissî ya da şer'î bir iştir. Yapması için zorlandığı iş, her iki durumda da ya muayyendir veya o konuda muhayyer bırakılmıştır.

Muhayyer ve hissî tasarruflara iki hüküm taalluk eder: Bunlardan birisi ahiret ile, diğeri de dünya ile alâkalıdır. Yapılması için ikrah olunduğu hissî tasarruflardaki ahirete dair hükümler, tasarrufun türüne göre farklılık arzeder. Hissî tasarruf da mübah, hakkında ruhsat bulunan ve haram olmak üzere üç türlüdür.

a) İkrah yoluyla hissî ve mübah tasarruf: Bu meyte (leş), kan, domuz eti yemek, şarap içmektir. Bunun hükmü ikrahın türüne göre farklılık arzeder: Şayet ikrah öldürmekle yahut bir organı kesmek vb. şeylerle korkutmak hâlinde olduğu gibi mülci veya tam bir ikrah olursa, bu fiiller mübah olur. Çünkü yüce Allah bu fiilleri zaruret hâlinde mübah kılmış ve şöyle buyurmuştur: *"...Zaruret sebebiyle kendilerine muhtâç kaldıklarınız müstesnadır."* (En'âm, 119) Şayet ikrah altında bulunan kimse, öldürülünceye kadar bunları almamakta direnecek olursa, bundan dolayı âhirette sorumlu olur.Çünkü onun böyle bir karşı koyması kendi canını tehlikeye atmasıdır. Yüce Allah ise: *"Kendi ellerinizle tehlikeye atılmayınız."* (Bakara, 195) buyurmaktadır.

Şayet ikrah az miktarda dövmek ve hapsetmekle tehdit etmek gibi eksik ikrah olursa bu gibi şeyleri yapmak mübah olmaz ve bu konuda ruhsat da bulunmaz. Hatta bunları yapacak olursa günahkâr dahi olur. Çünkü böyle bir durumda onun Allah'ın hakkını kendi nefsinin hakkından önce tutması vaciptir. [1]

Hülâsa, bu gibi tasarruflar, mülci ikrah olmadıkça mübah olmaz.

b) İkrah ile kendisine ruhsat verilen hissi tasarruf: Kalbi iman ile dopdolu ol-

1- *el-Bedayi,* VII, 176; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 185; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 92; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadir,* VII, 198; *el-Kitâb ma'a'al-Lübâb,* IV, 110.

makla birlikte, sadece dil ile küfür sözü söylemek yahut Hz. Muhammed (a.s.)'e kötü söz söylemek veya Müslümanın malını telef etmek gibi işlerdir. Bu gibi davranışlar mübah olmaz. Ancak tam ikrah hâlinde bunları yapmaya ruhsat vardır. Eğer ikrah altında bulundurulan kişi, öldürülünceye kadar bunları yapmayacak olursa, cihad ecri gibi ecir alır. Çünkü bunların haram olması, bu işi yapanlardan sakıt olmaz. Şayet ikrah eksik olursa kesinlikle bunları yapmaya ruhsat yoktur ve bunları yapanın küfrüne hükmedilir; isterse kalbi iman ile dolu olsun. Hanefîlerle Malikîlerin görüşü budur. Buna göre böyle bir tasarrufa ancak mülci ikrâh halinde ruhsat verilir.

Şafiî, Hanbelî ve Zahirîler noksan ikrah hâlinde de küfür sözünü dil ile telaffuz etmeye ruhsat vermişlerdir. Çünkü İslâmın başlangıcında kâfir olmak için yapılan ikrah olaylarının bir çoğu nakıs ikrah türünden idi. O takdirde iki görüşten daha tercihe şayan olanı bu olur.

Tam ikrah hâlinde küfür sözünü dil ile söylemenin ruhsatı yüce Allah'ın şu buyruğu ile sabittir: *"İmanından sonra kalbi iman ile sabit ve mutmain iken; küfre zorlananlar müstesna olmak üzere -kim Allah'ı tanımaz ve fakat göğsünü küfre açarsa, mutlaka Allah'ın gazabı onların başındadır. Onlar için çok büyük bir azab da vardır."* (Nahl, 106) Bu, cumhurun ve Zahirîlerin görüşüdür.

Malikîler ise ancak öldürmekle tehdit şeklindeki ikrah hâlinde dil ile küfür sözü söylemeyi mübah kabul ederler. Bir organın kesilmesi tehdidinde bulunarak yapılan ikrahı, dil ile küfür sözü söylemeyi mübah kılan bir sebep olarak kabul etmezler. Dikkat edilecek olursa küfür sözü söylemekten kaçınmak daha faziletlidir. Bunun delili ise şudur: Rivayet edildiğine göre: *"Müseylemetu'l-Kezzâb, Resulullah (a.s.)'ın ashabından iki kişiyi yakaladı. Onlardan birisine: "Muhammed hakkında ne diyorsun?" diye sordu o da: "O Allah'ın Resulüdür" dedi. "Peki, benim hakkımda ne dersin?" diye sorunca: "Sen de böylesin" demiş o da onu serbest bırakmıştı. Diğerine: "Muhammed (a.s.) hakkında ne dersin? diye sorunca sahabe: "O, Allah'ın Resulüdür" diye cevap vermiş, Museyleme: "Peki, benim hakkımda ne dersin?" diye sorunca: "Ben sağırım duymuyorum" demiştir. Bu sözlerini üç defa aynı şekilde tekrarladığı hâlde, o da aynı şekilde cevabını tekrarladı. Bunun üzerine Museyleme onu öldürdü. Bu durum Resulullah (a.s.)'a ulaşınca şöyle buyurmuştur: "Birincisi yüce Allah'ın ruhsatını esas alarak amel etmiştir; ikincisi ise hakkı açıkça söylemiştir, ona ne mutlu!"* (1)

İkrah hâlinde Peygamber (a.s.)'e sövmeye ruhsat olmasına gelince; Bu caizdir, çünkü rivayete göre *"Ammâr b. Yâsir'i kâfirler Muhammed (a.s.)'e sövmesi için zorlamışlar, sonra Resulullah'ın yanına geri dönmüş ve Peygamber'in: "Ne haber ey Ammâr?" diye sorması üzerine: "Haberler kötü, ey Allah'ın Resulü! Sana sövmedikçe beni bırakmadılar." demiştir. Bunun üzerine Resulullah (a.s.) Ona: "Tek-*

1- *Kurtubî Tefsîri*, X, 189; *et-Telhîsu'l-Habîr*, 371

rar işkence yapmaya dönerlerse sen de aynısını yap!" buyurmuştur." (1)

Eğer ikrah edilen kişi ölünceye kadar direnip Peygamber (a.s.)'e sövmeyecek olursa ecir alır. Bunun delili de Hubeyb (r.a.)'in rivayet edilen kıssasıdır. *"Müşrikler onu yakalamış, Mekke halkına satmış, Mekke halkı ise ısrarla defalarca ilâhlarından hayırlı bir şekilde söz etmesini ve Muhammed (a.s.)'e sövmesini isteyip durmuşlardı. Ancak onun yaptığı müşriklerin ilâhlarına sövmek ve Muhammed (s.a.)'i de hayırla yad etmekten başka bir şey olmadı. Onun küfre sapacağından ümitlerini kesmeleri üzerine onu öldürmeye karar vermişlerdir. Onlardan iki rekât namaz kılmak için müsaade istemiş, ölümden korktuğunu zannetmesinler diye namazını oldukça kısa kesmiş; ondan sonra da secde hâlinde iken ölmek için kendisini yüz üstü bırakmalarını istemiştir. Ançak onlar bu isteğini kabul etmediler. Bunun üzerine ellerini semaya kaldırarak şöyle demiştir: "Allah'ım! Ben burada düşman yüzünden başka bir şey görmüyorum; benden Resulûllah (a.s.)'a selâm söyle" dedi daha sonra da: "Allah'ım! Sen bunların sayılarını biliyorsun, sen onları darmadağın et, onlardan hiç kimseyi bırakma!" diye dua etti arkasından şu beyitleri okumaya başladı:*

"Aldırış etmem Müslüman olarak öldürülünce

Allah yolunda ölürken hangi yanım üzere düştüğüme..."

Onu asıp öldürdüklerinde yüzü kıbleye doğru döndü. Resulullah onun hakkında şöyle buyurdu: *"O şehitlerin efendisidir ve cennette benim arkadaşım olacaktır."* (2)

İşte bu, Peygamber (a.s.)'e sövmekten kaçınmanın daha faziletli olduğunun delilidir. (3)

Müslümanın malını telef etmeye gelince: Tam ikrah hâlinde buna ruhsat verilir. Çünkü başkasının malı -açlıktan ölmek tehlikesi hâlinde olduğu gibi- zaruret hâlinde mübah olur. Burada ise zaruret tahakkuk etmektedir. Çünkü ikrah da zaruretten bir türdür. Şu kadar ki, bu ruhsatın etkisi âhirette sorumluluğun sabit olmasında kendisini gösterir; haramlığın aslının sakıt oluşunda değil. Çünkü haramlık Peygamber (a.s.)'in şu buyruğu ile devam etmektedir: *"Müslümanın her şeyi müs-*

1- Bu hadisi Hâkim, Beyhakî, Ebu Nuaym, Abdürrezzâk, İshâk b. Râhûye rivayet etmişlerdir. Hâkim: "Buharî ve Müslim'in şartına göre *sahih* olduğu hâlde onu rivayet etmemişlerdir" demiştir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 158.

2- Bu öldürme kıssasını Ahmed, Buharî, Ebu Dâvud ve Nesei, Ebu Hureyre'den rivayet etmişlerdir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 159; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 253 vd. Resulullah (a.s.)'ın: *"O şehitlerin efendisidir..."* hadisi ise, Zeylaî'nin de söylediği gibi *garip* bir hadistir. Çünkü bilindiği gibi Hâkim'in de rivayet ettiği üzre şehitlerin efendisi Hamza (r.a.)'dır.

3- *el-Bedayi,* VII, 176 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 299; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 186; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 93; *el-Kitâb ma'al-Lübâb,* IV, 110; *el-Muvafakât,* I, 355; Vehbe ez-Zuhaylî, a.g.e., 109 vd.; Kâdî İyâd, *eş-Şifâ,* II, 222; *el-Berdîsi,* a.g.e., 59 vd.

lümana haramdır: Kanı, malı ve ırzı" [1]. Malın telef edilmesinde tam ikrahtan maksat ise, malın yakılması yahut da bu manada bir başka iştir. Bu, Şafiî, Hanefî ve mutemet kabul edilen görüşlerinde Hanbelîlerin görüşüdür.

Malikîlerle Zahirîlerin görüşüne göre ise, kulun hakkı na ilişkin dolayı malı yakma ruhsatı yoktur. [2] Çünkü Şari' başkasına zarar vermeyi haram kılmıştır. Peygamber (a.s.) şöyle buyurmaktadır: *"Zarar vermek de yoktur; zarara başka bir zararla karşılık vermek de olmaz."* [3]

c) İkrah sebebiyle mübah olmayan ve ruhsat da verilmeyen haram ve hissî tasarruf: Böyle bir tasarruf, haksız yere Müslüman bir kimseyi öldürmek veya parmak uçları dahi olsa, organlarından her hangi birisini kesmek şeklindeki tasarruftur. Çünkü haksız yere öldürmek, halis haram bir fiildir. Yüce Allah: *"Hak ile olması hâli müstesna, Allah'ın haram kıldığı canı öldürmeyiniz."* (En'âm, 151) diye buyurmuştur. Diğer taraftan başkalarına haksızlık edip tecavüzde bulunmak da haksızlıktır. Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Mümin erkeklere ve mümin kadınlara işlemedikleri şeyleri isnat ile eziyet edenler, muhakkak onlar apaçık bir yalan ve bir günah yüklenmişlerdir."* (Ahzâb, 58). Bu konuda yapılan ikrah ister eksik, isterse de tam olsun, bu işlerin yapılmasının haramlığı aynıdır.

Anne ve babaya az veya daha fazla vurmak da böyle bir tasarrufa örnektir. Bu da ikrah yoluyla mübah olmaz; çünkü haramdır. Yüce Allah da: *"Onlara 'öf' bile deme ve onları azarlama."* (İsrâ, 23). diye buyurmuştur. Öf bile demenin yasaklanması söz konusu olduğuna göre, onların dövülmesinin yasaklanması öncelikle söz konusudur. Sözü geçen fiillerden her hangi birisini yapacak olursa günah işler.

Zina da böyle bir tasarruftur. İkrah yoluyla mutlak olarak böyle bir tasarruf mübah olmadığı gibi ruhsat da verilmez. Yaptığı takdirde günaha girer. Çünkü zinanın haram olması aklen de sabittir. Yüce Allah ise şöyle buyurmaktadır: *"Zinaya yaklaşmayınız. Çünkü o bir hayasızlık ve yol olarak çok kötüdür."* (İsrâ, 32) Tam olsa dahi ikrah ile kadına da zinada bulunma ruhsatı verilmez. Nitekim *el-Bedâyi*'nin sahibi el-Kasânî de bu görüşü tercih etmiştir. [4]

Özetle; sadece sözle küfür sözü söylemek ruhsatı bulunmakla birlikte, kâfir olmak, öldürmek ve zina hiçbir hâlde mübah değildir.

1- Bu hadisu Müslim, Ebu Hureyre'den rivayet etmiştir. Nevevî, *el-Erbain,* 73.

2- *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 302; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 93; *el-Berdîsî,* a.g.e., 53 vd.; ve adı geçer eserler.

3- İbni Mâce, Dârekutnî ve başkaları Ebu Sâid el-Hudrî'den *müsned* olarak rivayet etmişlerdir. Mâlik ise Muvatta'da *mürsel* olarak rivayet etmiştir. Ashaptan başka kimselerden, birbirini destekleyen yollarla gelmiş başka rivayetler de vardır. *Mecmau'z-Zevâid,* IV, 110; *Sübulü's-Selâm,* III, 84;b *el-İlmâm,* 363; *el-Mekâsidü'l-Hasene,* 468.

4- *el-Bedayi,* VII, 177; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 302, 306; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 186 vd., 189; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 93 vd.; *el-Kitâb ma'al-Lübâb,* IV, 112 vd.

Bu gibi fiillerle ilgili dünyevî hükümler aşağıda gösterilmiştir: [1]

Birinci tür:

a) Şarap (içki) içmek için ikrah: Şayet ikrah tam bir ikrah ise o şarap içmek için zorlanan kimseye ittifakla had vurmak vacip değildir. Çünkü böyle bir had, gelecekte bu suçu işlemekten men etsin diye teşrî edilmiştir. Baskı ve zorlama altında kalarak kişinin içki içmesi ise bir cinayet (suç) değil, bilakis mübahtır.

Fakihlerin cumhuruna göre içki içmek üzere zorlanan kimse, bunun sonucunda sarhoş olursa (bu sarhoşluk hâlindeki) tasarrufları geçerli değildir. Çünkü sarhoşun kendi iradesiyle sarhoş olması hâlindeki tasarruflarının geçerli olduğunu kabul eden âlimler [2] onun bu suçuna karşılık verilen cezayı daha bir ağırlaştırmak ve sarhoşluktan onu alıkoymak için bunu öngörmektedirler. İkrah hâlinde ise böyle bir cezanın ağırlaştırılmasının manası yoktur. Çünkü ikrah altında bulunan kimsenin aklı ile hareket edecek durumu yoktur. O bakımdan o deli gibidir.

Eğer ikrah eksik bir ikrâh olursa, Hanefîlere göre had vacip olur. Çünkü o takdirde içki içmek haram kabul edilir, dolayısıyla içki içmenin hükmü ona tatbik edilir.

Fakihlerin cumhuruna göre eksik bir ikrah sonucu içki içmiş bir kimseye de had vacip olmaz. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Allah ümmetimin hata, unutma ve zorlanmaları sonucu yaptıklarını affetmiştir."* [3]

b) Hırsızlık yapmak üzere ikrah: İkrah tam olduğu takdirde ikrah altında kalarak hırsızlık yapana günah yoktur; ona had de uygulanmaz. Çünkü az önce geçen: *"ümmetimden... kaldırılmıştır."* hadisi bunun delilidir. Diğer taraftan hadler şüphelerle bertaraf edilir. Eğer ikrâh eksik olursa, fakihlerin bir kısmına göre (Hanefîlere göre) günah da kalkmaz, had de kalkmaz. Çünkü hırsızlık fiili için ortada bir za-

---

1- Hissî tasarruf türlerinin her birisine dair açıklamalar esnasında sözü geçen kaynaklar.

2- Şafiî mezhebinde tercih edilen ve imam Ahmed'den gelen bir rivayete göre, sarhoş kişinin iradesi ile yaptığı tasarruflar mutlak olarak geçerlidir. Hanefîler ise irtidad müstesna, iradesi ile yapmış olduğu tasarrufların geçerli olacağı görüşündedirler. İkrar ise, rücu ihtimali bulunduğundan zina haddi gibidir. Malikîler ise mezhebin meşhur olan görüşüne göre ikrarlar ve akitler müstesna, tasarruflarının geçerli olduğu görüşündedirler. Zahirîlere göre İmam Ahmed kendisinden mutlak olarak tasarrufların geçerli olmadığı görüşündedir.

3- Taberânî, *el-Kebîr*'de Sevbân ve Ebu'd-Derdâ'dan rivayet etmiştir. İbni Mâce, İbni Hibbân ve Hâkim ise İbni Abbâs'tan *merfû* olarak rivayet etmişlerdir. İbni Mâce de Ebu Zerr'den rivayet ettiği gibi, Ebu Naîm de İbni Ömer'den: *"Muhakkak Allah... düşürmüştür"* lafzı ile rivayet etmektedir. Ancak Ebu'd-Derdâ ile Sevbân'ın rivayetleri: *"Allah ümmetimden sarf-ı nazar etmiştir"* lafzını kullanmışlardır. İbni Adiyy, Ebu Bekre'den: *"Bu ümmetten üç şey kaldırılmıştır..."* lafzı ile zikretmektedir. Taberânî, *el-Evsat*'da Ukbe'den: *"Ümmetimden...düşürülmüştür."* lafzı ile rivayet etmektedir. Bu senedde İbni Lehîa vardır ki, *zayıf* bir ravidir. *"Ümmetimden...kaldırılmıştır"* lafzı ise onda bulunmamaktadır. *Nasbu'r-Râye,* II, 62; *et-Telhîsü'l-Habîr,* 109; *Mecmau'z-Zevâid,* VI. 250.

ruret yoktur. Fakihlerin cumhuruna göre ise günah da yoktur, had de yoktur; çünkü az önce sözü geçen: *"ümmetimden... kaldırılmıştır"* hadisinin mutlak olması, bunu gerektirmektedir. Bu hadis-i şerîf tam olsun, eksik olsun, mutlak olarak ikrahın sonucunda yapılan işlerin affedildiğini ifade etmektedir.

İkinci tür:

a) Küfür üzere ikrah: İkrah tam olduğu takdirde irtidâd hükmü verilmez ve kadın da ikrah altında kalıp küfür sözü söyleyen kimseden bâin (boşanmış) olmaz. Bu konuda fakihler arasında ittifak vardır. Malikîler ise eğer tehdit öldürme dışında bir surette yapılırsa ve tehdit edilen kişi küfre girerse irtidad etmiş olur, demişlerdir. Çünkü öldürme dışındaki tehditler, tehlike olarak küfürden daha azdır.

Eğer ikrah eksik olur ve ikrah altında bulunan kişi küfür sözünü telaffuz edecek olursa, Şafiî Hanbelî ve Zahirilere göre ikrah altındaki kişi mürted olmaz. Onlar yüce Allah'ın: *"Zorlananlar müstesna olmak üzere, kim imanından sonra Allah'ı inkâr ederse..."* (Nahl, 106) ayeti ile amel ederek, bu görüşe sahip olmuşlardır.

Malikîlerle Hanefîler ise şöyle demektedir: Eksik bir ikrah ile zorlanan kimsenin kâfir olduğuna hükmedilir ve böyle bir kişi mürted olur ve ona mürted hükümleri tatbik olunur. Çünkü böyle bir kişi hakikaten mürted değildir ve aksine o, kendisine gelebilecek zararı -zaruret olmadığı hâlde- defetmek için küfre yönelmiştir. Görüldüğü kadarıyla nas ile amel etmek için birinci görüş daha tercihe şayandır.

Haça karşı namaz kılmak yahut da puta secde etmek üzere yapılan ikrâh hakkında da aynı görüş ayrılıkları söz konusudur.

Küfür üzere yapılan ikrah, ikrah edilen kimseyi kâfir etmemekle birlikte; müslüman olmak için yapılan ikrâh, ikrâh edilen kimseyi Müslüman kılar. Her iki durum arasındaki farka gelince: İman, hakikati tasdik, küfür ise hakikati yalanlamaktır ve bu, kalpte meydana gelen bir şeydir. İkrahın kalp ile alâkası yoktur. insanın irade ve ihtiyar halinde kalpte bulunana dilini delil kılması, açık ve anlaşılır bir durumdur. Küfre ikrah halinde ise dil, kalpte bulunanın delili olamamaktadır. Çünkü iman kalp ile alâkalı bir durumdur. Müslüman olmak hâlinde ikrah ise, onun kalbi ile kâfir olması ihtimali bulunmakla birlikte Müslüman olduğuna hükmedilir. Çünkü müslüman olma yönünün tercih edilmesi, hak dinin yükseltilmesidir. Hak dinin yükseltilmesi ise vacip olan bir şeydir. (1) Peygamber (a.s.) de: *"İslâm üstün gelir, fakat ona üstün gelinmez."* (2) buyurmaktadır.

Dikkat edilecek olursa ulemanın cumhuruna göre İslâma girmek için zorlan-

---

1- *el-Bedayi,* VI, 178; *el-Berdîsî,* a.g.e., 61-67; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 307; *el-Muğnî,* VIII 145; *el-Kitâb ma'al-Lübâb,* IV, 114.

2- Dârekutnî, Âiz'den o da Amr b. el-Buzenî'den rivayet etmiştir. Bu rivayette *meçhul* iki ravi vardır. Taberânî ve Beyhakî ise, Ömer (r.a.)'den, Nehşel ise Muâz'dan rivayet etmiştir; ayrıca İbni Abbâs'a kadar mevkufen de rivayet edilmiştir. *Nasbu'r-Râye,* III, 213; *Sübülüs-Selâm,* IV, 67.

ması caiz olan kişi harbî olan kimsedir. Hanefîlere göre zimmî ve müstemen (kendisine emân verilmiş kişi)nin de İslâma girmek için ikrah edilmeleri caizdir. Ancak ulemanın cumhuruna göre onların ikrah edilmeleri caiz değildir. Bu konudaki deliller fıkıh kitaplarından tespit edilebilir. Zimmî konusunda tercihe şayan olan görüş cumhurun görüşüdür. Hatta harbî olan kimse de İslâma girmek için ikrah edilmez görüşü ileri sürülebilir. Nitekim bir grup ilim adamı da bunu kabul etmiştir. Çünkü yüce Allah: *"Dinde ikrâh (zorlama) yoktur."* (Bakara, 256) diye buyurmaktadır.(1)

b) Mal telef etmek üzere ikrah: Bir kişi bir başkasını üçüncü bir şahsa ait bir evin eşyasını yakmak üzere zorlasa, eğer bu ikrah tam bir ikrah olursa, Hanefîlere, Hanbelîlerdeki ercah edilen görüşe ve Şafiîlerin bir kısmının görüşüne göre, tazminat mükrih (ikrah eden)e aittir. Çünkü müstekreh (zorlanan)in iradesi engellenmiştir. O böyle bir durumda ancak ikrah edenin bir aletidir. İttifakla alete tazminat düşmez.

Malikîlerle Zahirîler ve bir kısım Şafiîler şöyle demektedir: Tazminatı ödemesi gereken müstekreh kişidir, çünkü o böyle bir durumda başkasının yemeğini yemek zorunda kalan muztar (zaruret içinde olan) gibidir. Her ikisi arasındaki ortak özellik, bunun yapılmasının mübah olmasıdır. Dolayısıyla muztar olan kimseye tazminat ödemek gerektiği gibi, müstekrehin de tazminat ödemesi vaciptir.

Şafiîlerdeki daha tercihe şayan görüşe ve Hanbelîlerdeki bir görüşe göre şöyle denilmektedir: Tazminat hem mükrih, hem de müstekreh üzerine düşer. Çünkü telef etmek hakikatte müstekrehten sadır olmuştur; mükrih ise böyle bir telefe sebep teşkil etmiştir. Fiilin yapılmasına sebep ile onu fiilen yapmak arasında da fark yoktur. Şu kadar var ki, esah olan görüşe göre nihayette tazminat mükrih üzerinde karar kılar.

Şayet ikrah eksik ise Hanefî, Malikî, Zahirî, Şafiilerin bir kısmı ile Hanbelîlerin bir kısmına göre, tazminat müstekrehe aittir. Çünkü eksik ikrah hiç bir şekilde ihtiyarı (irade ve istek ile bir işi yapmayı) ortadan kaldırmak. Bu durumda müstekreh mükrihin sadece bir aleti değildir. Bu bakımdan telef müstekreh tarafından yapılmış olacağından tazminatını da onun ödemesi gerekmektedir. (2)

Üçüncü tür:

a) Öldürmek üzere ikrâh: Fakihler öldürmek üzere zorlanıp da bunun sonucunda öldüren kimsenin günah kazanacağı hususunda ittifak etmekle birlikte, ikra-

1- *Asâru'l-Harb fîl-Fıkhi'l-İslâmî,* 78.

2- *el-Bedâyi,* VII, 179; *Mecmau'd-Damânât,* 205; *el-Lübâb, Şerhu'l-Kitâb,* IV, 112; *Tekmileti Fethi'l-Kadir,* VII, 302; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 186; *el-Muhallâk,* VIII, 381; *el-Eşbâh ve'n-Nezâir,* (Süyûtî), 179; *Kavâidü'l-Ahkâm,* II, 132; *Tehzîbü'l-Fürûk,* II, 203; *el-Furûk,* II, 208; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 98; *eş-Şerhu'l-Kebîr ve Haşiyetü'd-Desûkî,* III, 444; *el-Kavâid* (İbni Receb), 286.

hın tam olması hâlinde ona kısas uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşlere sahiptirler.

Ebu Hanife, Muhammed, Dâvud, bir rivayette Ahmed, iki görüşünden birisinde Şafiî, müstekrehe kısas yoktur, mükrihe kısas uygulanır ve müstekreh sadece tazir edilir demişlerdir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Ümmetimden hata, unutma ve yapmaları için zorlandıkları şeyler bağışlandı."* Bir şeyin bağışlanması ise onun gerektirdiği şeyin de bağışlanmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla onun zorlandığı şeyin gerektirdiğinin de affedilmesi gerekmektedir ve çünkü müstekreh, mükrihin mücerret bir aleti durumundadır. Zira gerçekte kâtil, mükrih olan kimsedir. Müstekreh ise şeklen kâtildir. O bakımdan müstekreh burada öldürme aletine benzemektedir ki, alete kısas söz konusu değildir.

İmam Züfer ve Zâhirî mezhebinden olan İbni Hazm şöyle demektedir: Müstekrehe kısas uygulanır. Çünkü hakikaten, hissen ve müşâhede yoluyla öldürmek, ondan sadır olmuştur. Zira o, haram kılınmış bir şeyi yapmıştır. Mükrih ise sebep olmuştur, sebep yoluyla ise onlara göre kısas yoktur. Tahâvî de bu görüşü tercih etmiştir.

Ebu Yûsuf ise şöyle demektedir: Müstekrehe de mükrihe de kısas yoktur. Çünkü ortada şüphe vardır. Zira mükrih hakikaten kâtil değil, sadece katlin müsebbibidir. Kâtil ise müstekrehdir. Müstekrehe kısas vacip olmadığına göre, mükrihe vacip olmaması öncelikle söz konusudur. Mükrihe diyet vacip olur, bununla birlikte her hangi bir şekilde müstekrehe de ödediği diyeti ondan almak için rücu etmez.

Malikiler, ercah görüşlerinde Şafiîler ve bir görüşlerinde Hanbelîler de şöyle demektedir: Mükrihe de müstekrehe de kısas uygulanır. Çünkü müstekreh hakikaten öldürmüştür, mükrih ise öldürmeye sebep olandır. Şer'an sabit olduğu üzere, müsebbib olan, fiilen işi yapan gibidir.

Göründüğü kadarıyla birinci görüş, en tercihe şayan görüştür ki, o da Ebu Hanife'nin görüşüdür.

İkrah noksan olduğu takdirde, kısasın müstekrehe vacip olduğu konusunda görüş ayrılığı yoktur. Çünkü noksan ikrah, ihtiyarı ortadan kaldırmaz; dolayısıyla öyle bir ikrâh da kısasın vacip olmasını engellemez. (1)

İkrah hâlinde diyete gelince: Hanefîlerde diyetin vacip olması konusunda iki rivayet vardır; bu iki rivayetten daha tercihe şayan olanına göre diyeti ödemek mükrihe düşer.

Mirasta ise, Züfer müstesna, Hanefî imamlarına göre, kendisine miras bıra-

1- a.g.e; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 7; III, 289; *Kavaidü'l-Ahkâm,* II, 132; *el-Kavâid* (İbni Receb), 287; *el-Muğnî,* VII, 245.

kan kişiyi öldürmek üzere ikrah edilen müstekrehin mirasçı olması engellenmez.

Bir kişinin elini kesmek üzere zorlanan müstekreh, eğer bu eli kesecek olursa, öldürme konusunda ikrahda sözü geçen görüş ayrılıkları aynen burada da söz konusu olur.

Eğer kendisine karşı cinayetin işlendiği kişi, elinin kesilmesi veya öldürülmesi için müstekrehe müsaade edecek olursa, yine böyle bir fiili işlemek ona mübah olmaz. Çünkü bu gibi cinayetler verilen izin ile mübah olmazlar. Böyle bir durumda el kesme gerçekleşecek olursa, hiç kimsenin tazminat ödemesi gerekmez. Çünkü kendisine karşı cinayet işlenenin izni vardır. Öldürme hâlinde ise bu izne itibar edilmez; bu takdirde diyet Zahirü'r-rivaye'de olduğu gibi, ikrah edene düşer; bir başka rivâyete göre ise vacip değildir.[1]

b) Zinaya ikrah: Zina için ikrah ya kadın hakkında söz konusudur veya erkek hakkında.

Kadın zina etmek için zorlanacak olursa, fakihlerin cumhuruna göre ona had uygulanmaz. Yapılan bu ikrah ister tam olsun, ister noksan, değişen bir şey yoktur. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Cariyeleriniz iffetlerini korumak istedikleri hâlde dünya hayatının geçici metaını kazanmak maksadıyla onları zinaya zorlamayın. Kim onları zorlarsa Allah onların zorlanmasından sonra mağfiret ve rahmet edicidir."* (Nûr, 33) Bu âyet-i kerime, zina için zorlanan kadının günahının olmadığının delilidir. Günahı olmadığına göre ondan had de kalkmış olur.

Şayet erkek tam veya noksan ikrah ile zinada bulunmak üzere zorlanacak olursa, Hanbelîlerde tercih edilen görüşe göre ona had uygulanması vaciptir. Çünkü zina ancak erkeklik organının sertleşmesi ile gerçekleşir. Korku ile birlikte ise sertleşme söz konusu olmaz. Sertleşmenin bulunması hâlinde ise, yapılan bu fiilin isteyerek yapılması söz konusu olur. Bu durumda müstekreh kimse zinada bulunacak olursa, bunu isteyerek yapmış demektir; ondan dolayı ona had vacip olur.

Gerçekte ise sertleşmek, isteyerek yapıldığının delili olmaz. Çünkü kadın ile karşılaşma hâlinde böyle bir şey, tabii bir durumdur. Bu bakımdan uyuyan bir kimsenin dahi ihtiyarı bulunmadığı halde böyle bir şey meydana gelebilmektedir.

Şafiîler mutemet olan görüşlerinde şöyle demektedirler: İkrah ister tam olsun, ister noksan olsun zinada bulunmak üzere zorlanan müstekrehe had vacip olmaz. Çünkü ikrah hangi türden olursa olsun, bir şüpheyi beraberinde getirir. Hadler ise şüphelerle bertaraf edilir.

Hanefîlere gelince: Ebu Hanife önceleri zinada bulunmak üzere zorlanan

1- *el-Bedayi* VII, 180; *Mecmau'd-Damânât*, 204-205; *el-Llübâb Şerhu'l-Kitâb*, IV, 112. *Muhtasaru't-Tahâvî*, 409 vd.

müstekrehe haddin vacip olduğu kanaatinde ikendaha sonra şöyle demiştir: "İkrah tam olduğu takdirde -böyle bir ikrah ise onun zamanının örfüne göre ancak devlet yetkililerinin ikrahı hâlinde gerçekleşirdi- had vacip olmaz. Yöneticinin dışındakilerin ikrahı hâlinde ise had vaciptir." Ebu Yûsuf ile Muhammed ise şöyle demektedirler: "Tam ikrah ister yönetici tarafından, ister başkası tarafından yapılmış olsun, had vacip değildir." Hanefîlerce tercih edilen görüş, Ebu Yûsuf ile Muhammed'in bu görüşüdür. Son olarak Ebu Hanife'nin kabul ettiği görüş de bu olmuştur.

İkrahın eksik olması hâlinde ise, Ebu Hanife ve iki talebesine göre de had vaciptir. Çünkü nakıs ikrah ihtiyarı ortadan kaldırmaz; böyle bir durumda zina eden kişi, kendi isteği ile yapmış olacağından ona had uygulanır.

Hülasa, Hanefîler tam ikrah hâlinde haddi vacip görmezlerken, eksik ikrah hâlinde vacip görürler.

Malikîler ise şöyle demektedir: Eğer erkek ve kadın zina etmek üzere zorlanmışlarsa, had vaciptir. Eğer kadın kocasız ve isteyerek bunu yapmışsa, kendi rızası ile yaptığından dolayı hakkını ıskat etmiş demektir. Geriye sadece Allah'ın hakkı kalmış olur. Allah'ın hakkı da ikrah ile sakıt olur. Malikîlerin bir kısmına göre eğer tehdit ölüm tehdidi olursa, had vacip olmaz, ölümden başkası ile tehdit edilir ise, had vaciptir. Mezhepte meşhur olan görüş ise, erkeğe de kadına da haddin vacip olduğudur.

Hanbelîlerin mezhebinde de zina için zorlayan kimseye had uygulanır.

Bu konuda Şafiilerin mezhebinin daha tercihe şayan olduğu söylenilebilir. Çünkü hadler şüpheler ile bertaraf edilir. [1]

İki işten birisini yapmak üzere ikrâh: Sözünü ettiğimiz bütün bu hususlar, yapılması için zorlanan şeyin muayyen ve hissî bir tasarruf olması hâli ile ilgilidir. Şayet yapılması için zorlanılan şeyde bir muhayyerlik bulunmakta ise, uhrevî hüküm olarak yine hakkında mübahlık, ruhsat veya haramlık şeklindeki hüküm, tayin hâlinde olduğu gibi, aynen devam eder. Ancak o daha hafif olanını seçmek durumundadır. Bir kimse bir meyte (leş) etini yemek veya bir Müslümanı öldürmek arasında muhayyer bırakılırsa, meyte etinden yemek onun için mübah olur; müslümanı öldürmek için ona ruhsat verilmez. Ölünceye kadar yememekte ısrar ederse bu sefer günahkâr olur. Eğer bir kimsenin malını telef etmek ve öldürmekten birisi için zorlanırsa malı telef etme ruhsatı vardır.

Eğer öldürmek veya zina etmekten birisi için zorlanırsa her hangi birisini yapma ruhsatı yoktur; yapmadığı için öldürülecek olursa da günah kazanmaz.

1- *el-Bedayi,* VII, 108; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 306; *Muhtasaru't-Tahâvî,* 410; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 95; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 189; *el-Berdîsî,* a.g.e., 56 vd.; *eş-Şerhu'l-Kebîr ve Haşiyetü'd-Desûkî,* IV, 318; *el-Muğnî,* V, 251.

Öldürmek veya kâfir olmaktan birisi için zorlandığı takdirde, kalbinin iman ile mutmain olması şartı ile küfür sözünü söylemesi ruhsatı vardır.

Dünyevî hükme gelince: Muhayyer bırakmanın hükmü belirli bir şeyi tayin hâlinin hükmünden farklı olabilir. Meselâ, lâşeden yemek veya bir müslümanı öldürmek üzere zorlanacak olur da lâşeyi yemeyip müslümanı öldürürse Hanefîlere göre kısas müstekrehe vacip olur. Çünkü o mübah olanı yemek suretiyle böyle bir zarureti ortadan kaldırmak imkânına sahipti. Dolayısıyla bu, onun ihtiyarıyla meydana gelmiş demektir.

Küfür veya öldürme üzere zorlanacak olursa, diliyle kâfir olmayıp öldürdüğü takdirde, kıyasa göre ona kısas vacip olur. Çünkü o, haram olan bir öldürmeyi ruhsat bulunan bir şeye tercih etmiştir. Ancak istihsana göre ona kısas düşmez, fakat diyet ödemesi gerekir. Bu son durumda küfür sözünü söylemek için kendisine ruhsat verilmiş olduğunu bilmemiş olması şartı vardır. [1]

4. İkrahın Şer'î Tasarruflardaki Etkisi (Yani Sözlü veya Bugünkü Kanunî Tasarruflardaki Etkisi)

Belirli şer'î tasarruflarla ilgili açıklamalarımıza şöylece başlayabiliriz:

Belirli şer'î tasarruflar ya inşa (akit yoluyla) veya ikrar ile olur. İnşaî tasarruflar iki türdür: Bir türün fesih ihtimali yoktur; diğer bir türün ise fesih ihtimali vardır.

Fesih ihtimali olmayan tasarruflar talak, nikâh, zihâr, kısasın affedilmesi gibi tasarruflardır. Hanefîlerin kimisi bunları yirmiye kadar ulaştırmıştır. Ancak tahkik ile bunların on beş tane olduğu tespit edilmiştir. [2]

Fesih ihtimali olan tasarruflar ise alışveriş, icare ve buna benzer mülkiyete sebep olarak kabul edilen her türlü tasarruftur.

Fesih (redd) ihtimali olmayan (lâzım olan) tasarruflar:

Hanefîlerin görüşüne göre fesih, yani red ihtimali olmayan ve rıza şartı aranmayan şer'î tasarruflarda bulunmak için ikrahın her hangi bir etkisi yoktur. Bu gibi tasarruflar ikrah olması hâli ile birlikte muteber kabul edilir. Çünkü bu tür tasarruflar fesih kabul etmez. O bakımdan bu gibi tasarruflar lâzım olur. Bir adam boşamak, adakta bulunmak, yemin, zihâr, nikâh veya ric'at yapmak yahut îlâ veya dil ile îlâdan dönmek, kısası affetmek gibi bir işi yapmak üzere zorlanacak olursa, zorlandığı şey (mukrehun aleyh) vaki olmuş olur. Çünkü bunlar ciddiyet veya alay konusunda fark gözetilmeksizin geçerli olan tasarruflardır. İkrah ise tasarruflarda bulunmak için gerekli sahih maksat olmadığından dolayı, bu durumlarda alay (hezl) anlamındadır. Bu konuda asıl delil, Huzeyfe b. el-Yemân (r.a.)'ın rivâyet ettiği şu hadistir: *"Müşrikler onu yakalayıp her hangi bir gazvede Resulullah (a.s.)'a yar-*

1- *el-Bedayi,* VII, 181.
2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 96.

dımcı olmamak üzere yemin ettirince o da ikrah altında kalarak yemin etti. Daha sonra Resulullah (a.s.)'a yaptığı yemini haber verince, Peygamber (a.s.) ona şöyle dedi: "Sen ettiğin yeminde dur; biz de onlara karşı Allah'ın yardımını alırız." Abdürrezzâk da *Musannef*'inde İbni Ömer'den mükrehin talakının geçerli olduğuna dair rivayet kaydetmektedir. [1] Yüce Allah'ın: *"Eğer ondan sonra yine onu boşayacak olursa, artık ona helâl olmaz."* (Bakara, 230) buyruğunun manası, bunu desteklemektedir.

Özetle, bu gibi tasarruflar müstekreh tarafından yapıldığı takdirde sahih ve lâzım (bağlayıcı)dır.

Hanefîlerin dışında kalan imamların cumhûrunun görüşüne göre ikrah, bu gibi tasarrufları etkileyerek onları ifsat eder. Meselâ, mükrehin talakı gerçekleşmez. Aynı şekilde ikrah ile nikâh akdi ve buna benzer şeyler de sabit olmaz; tercih edilen görüş de budur. Onlar bu konuda şanı yüce Allah'ın ikrâh hâlinde küfür sözünü lafzan söylemenin her hangi bir etkisi olmayışını delil göstermişlerdir. Çünkü yüce Allah: *"Kalbi iman ile dopdolu olduğu hâlde ikrah edilen müstesnâ."* buyurmaktadır. Dolayısıyla ikrah ile birlikte kavlî her hangi bir tasarrufun her hangi bir etkisi olmaz.

Sünnet-i seniyyede sabit olduğuna göre, Ensâr'dan Hizâm kızı Hansa'yı dul iken babası evlendirmiş, kendisi ise bundan hoşlanmamıştı. Bunun üzerine Resulullah (a.s.)'a durumunu anlatınca o nikâhını geri çevirmiştir. [2] Bunu bir başka olay daha açıklamaktadır ki, o da bir genç kızı babası kardeşinin yani kızın amcasının oğlu ile kız istemediği halde evlendirmiş; ancak Resulullah (a.s.) bu konuda kızı serbest bırakmıştır. [3]

Peygamber (a.s.) de şöyle buyurmaktadır: *"İğlâk (gazap ve ikrah) hâlinde boşama olmaz."* [4] Şafiîler burada sözü geçen "iğlâk" sözünü ikrah ile açıklamışlar·

1- Bu hadisi Abdürrezzâk, *Musannef*'inde İbni Ömer'den rivayet etmiştir. *Nesbu'r-Râye*, II, 222.

2- Buharî, Hizâm kızı Hansâ'dan rivayet etmiştir. *Nasbu'r-Râye*, III, 195,

3- Bu hadisi Neseî ve Ahmed, Hz. Aişe'den şu lafızla rivayet etmiştir: *"Genç bir kız yanına girmiş ve: "Babam beni kardeşinin oğluna ben istemediğim hâlde, kendisini aşağılanmaktan kurtarmak istercesine evlendirdi" dedi. Bunun üzerine Hz. Aişe ona: "Resulullah (a.s.) gelinceye kadar burada otur" dedi. Resulullah (a.s.) gelince ona durumu bildirdi. Babasına haber gönderdi, babasını çağırdı ve Resulullah kızı serbest bıraktı. Kızcağız şöyle dedi: "Ey Allah'ın Resulü! Ben babamın yaptığını geçerli kabul ediyorum. Ben burada kadınlara şunu öğretmek istedim: Bu konuda babaların her hangi bir yetkileri yoktur."* Beyhakî: "Bu hadis *mürsel*'dir" demektedir. Ancak bu konuda bir başka haber onu desteklemektedir. Bu hadisi Ahmed, Ebu Dâavud ve İbni Mâce, İbni Abbâs'dan *mürsel* olarak rivayet etmişlerdir. *Sübülü's-Selâm*, III, 122; *Nasbu'r-Râye*, III, 192.

4- Bu hadisi Ebu Dâvud, İbni Mâce ve Hâkim rivayet etmiş olup Hâkim, Müslim'in şartı üzere *sahih*tir, demiştir. Lafzı da şöyledir: *"İğlak hâlinde talak da yoktur, itâk da yoktur."* Ebu Dâvud dedi ki: İğlâk'ın gazab olduğunu zannediyorum. İbni Kuteybe ise: İğlâk ikrah demektir, der. Bazı âlimler ise; doğrusu, bu lafzın hem ikrahı hem gazabı hem de deliliği kapsadığıdır, demektedirler. Sahibi tarafından bilgisi ve maksadıkapalı kalan her iş böyledir. *Nasbu'r-Râye*, 223.

dır. Yine Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Ümmetimin üzerinden hata, unutma ve ikrah ile yaptıkları şeyin günahı kaldırılmıştır."* (1) Yani ikrah ve ötekilerin hükmü kaldırılmıştır, demektir. Diğer taraftan bütün bu tasarruflar ikrah ile birlikte sahih olmaz. Tâ ki ikrahtaki tasarruflar sebebiyle insanların hakları ve mülkleri rızâları olmadan ellerinden çıkmasın, yok olmasın.

Buna binaen Şafiîler şöyle demektedir: "Müstekrehin boşaması, köle azadı, satışı, icaresi, nikahı, ric'atta bulunması ve buna benzer tasarrufları sahih değildir. Çünkü ikrahın hükmünün kaldırılması ona ilişkin hüknün ortada olmaması ile olur. Talâkın vaki olması, satışın ve nikâhın sahih olması hallerinde olduğu gibi."

Onlara göre müstekreh olan kâtile kısasın vacip oluşu ise; bu konudaki siganın genel ifadesinden istisna edilir ve bu, kan dökme hususunun büyüklüğü sebebiyle olur. Onun mübah olmasını gerektirecek her hangi bir yol yoktur ve kan dökmenin haramlığına gereken riayetin gösterilmesi gerekir. (2)

"Üç şey vardır ki ciddileri de ciddidir; alay yoluyla söylenmeleri de ciddidir: Nikâh, talâk ve ric'at." (3) şeklinde Hanefîlerin delil diye ele aldıkları hadise gelince. Bu, tercih edilen görüşe göre *zayıf* bir hadistir. Huzeyfe'nin hadisi ise İbnî Hazm'ın da söylediğine göre uydurulmuş (mevzu) bir hadistir.

İbni Ömer tarafından mükrehin boşamasını kabul ettiğine dair rivayete gelince, İbni Hacer'in *Fethu'l-Bârî'de* yapmış olduğu şu rivayet onun bu görüşüne dair rivayetinin tenkidine sebeptir: Abdurrezzak İbni Ömer'den şunu rivayet etmektedir: Sabit el-A'rec hadisesinde İbni Ömer mükrehin talâkın geçerli olmadığını ifade etmiştir. Bunu da mükrehin boşamasının geçerli olmaması kanaati desteklemektedir ki, bu da İbni Ömer tarafından Beyhakî'nin *Sünen*'inde, Buharî'nin *Sahih'*inde ve Malik'in *Muvatta'*ında rivayet edilmiştir.

Hanefîlerin delil olarak gösterdikleri yüce Allah'ın: *"Eğer tekrar onu boşayacak olursa, artık ondan sonra ona bir daha helâl olmaz."* (Bakara, 230) buyruğuna gelince: Böyle bir istidlâl yüce Allah'ın: *"Fakat o kalplerinizin kazandıklarından dolayı sizleri sorumlu tutar."* (Bakara, 225) buyruğu ile teâruz (çelişki) hâlindedir. Çünkü müstekreh her hangi bir şekilde boşamak istememektedir. Hatta: *"İğlâk halinde talâk yoktur."* hadisi de, talâk ayetinin mutlaklığını kayıtlandırmaktadır. Bizzat bu hadisin zannî olduğunu söyleyen ve: "Zannî delil kat'î delili kayıtlandırmaz" diyen Hanefîlerin görüşüne göre bile bu böyledir. Çünkü bu ayet-i kerime meşhur

1- Taberânî Sevbân'dan rivayet etmiş, Suyutî, *sahih* olduğuna dair işaret koymuştur. *el-Fethu'l-Kebîr,* IV, 35.

2- *Tahrîcü'l-Furû' ale'l-Usûl,* 149.

3- Neseî müstesna, dört *Sünen* sahibi rivayet etmiş, Hâkim Ebu Hureyre'den gelen rivayetinin *sahih* olduğunu belirtmiştir. İbni Adiyy'in, zayıf başka bir vecihten yaptığı rivayette "Talâk, itâk (köle azadı) ve nikâh" denilmektedir. *Sübülü's-Selâm,* III, 175; *el-İlmâm,* 423 vd.; *Nasbu'r-Râye,* III 293 vd.

olan bir hadis-i şerif ile kayıtlandırılmıştır ki, bu da: *"Kalem üç kişiden kaldırılmıştır: Büyüyünceye (veya akledinceye ya da ergenleşinceye) kadar çocuktan, uyanıncaya kadar uyuyandan, akıllanıncaya veya ayılıncaya kadar deliden."* (1) Dolayısıyla bu ayet-i kerimenin bu istidlali de zannî olur, o takdirde bundan sonra zannî bir haber ile ayetin bu istidlalinin kayıtlandırılması da uygun düşer. (2)

Fesih ihtimali olan tasarruflar:

Fesih ihtimali olan yani reddedilebilen ve rıza şartı aranan satış, alış, hibe, icare ve buna benzer bir tasarrufta bulunmak üzere bir kimse tam veya nakıs bir ikrah ile zorlanacak olursa Hanefîlerin cumhuruna göre ikrah, böyle bir tasarrufu ifsat eder, yani tasarruf nafiz (geçerli), fakat fasit olur. Bu durumda müşteri satılan şeye kabz yoluyla malik olur. Fesadın sebebi de şudur: Bu gibi tasarrufların nafiz (geçerli) olması için rıza şarttır. İkrah ise rızayı ortadan kaldırır. Şartın ortada bulunmaması ise şart koşulan şeyin ortadan kalkması sonucunu gerektirir ki, bu da nefâz (geçerlilik)dır. O hâlde tasarruf da fasit olur. Buna göre müstekrehin, satışı, icaresi ve hibesi fasittir. Ancak ikrahın ortadan kalkmasından sonra müstekreh bu tasarrufu geçerli kabul etmekle feshetmek arasında muhayyerdir. Çünkü az önce de işaret etmiş olduğumuz gibi, rıza bu gibi tasarrufların sıhhatı için şarttır.

Malikîler ile Hanefî mezhebinden Züfer şöyle demektedir: Bu gibi tasarruflar ikrah ile mevkuf (başkasına bağlı) kabul edilir. Çünkü akdin gerçekleşmesinde değil de sıhhatinde rıza şarttır. Hatta müstekreh ikrahın ortadan kalkmasından sonra yapmak üzere zorlandığı şeyi geçerli kabul ettiğini ortaya koysa, artık akit sahih olur. Şayet akit fasit olsaydı sonradan caiz olmazdı. Çünkü fasit bir akit (sonradan) geçerli kabul etmekle caiz olmaz. Ve diğer fasit satışlarda olduğu gibi, geçerli kabul etmek suretiyle fesat ortadan kalkmaz. O bakımdan böyle bir satış *fuzulî*'nin satışına benzemektedir. *Fuzulî*'nin satışı mevkûf bir satış olduğuna göre, kabzetmek suretiyle mülkiyet, böyle bir satışla da sabit olmaz.

Özet olarak Ebu Hanîfe ile iki talebesi Ebu Yusuf ve Muhammed, ikrahın akdi iptal etmeyip sadece ifsat ettiği görüşündedirler ve buna bağlı olarak bir yön müstesna akitlerin fesadına dair belirlenmiş olan hükümler terettüp eder. Şöyle ki; ikrahın ortadan kalkmasından sonra müstekreh akdi geçerli kabul ederse, bu akit sahih ve mülzim (bağlayıcı) olur. Zira fesat genel bir maslahat için değil de özel bir maslahatı korumak için kabul edilmişti. Züfer ise böyle bir akdi fuzulînin akdi gibi geçerli olmayan (gayr-i nâfiz) bir akit olarak kabul etmektedir. Böyle bir akit müstek-

---

1- Ahmed ve Tirmizî müstesna dört *Sünen* sahibi rivayet etmiş olup Hakim *sahih* olduğunu kabul etmiştir. İbni Hibban Hz. Aişe'den rivayet etmiştir. Bazıları da Ali, Ömer, İbni Abbas, Ebu Hureyre ve başkalarından da rivayet etmiştir. *Mecmau'z-Zevaid, VI, 251;* Sübülü's-Selâm, III, 180; *el-İlmâm,* 56, 421.

2- *el-Bedayi,* VII, 182; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr* VII, 303; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 188; *ed-Dürrü'l Muhtâr,* V, 96; *Mecmau'd-Damânât,* 206; *el-Muhallâ,* VIII, 383 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* III, 289 *eş-Şerhu'l-Kebîr,* II, 367; *el-Muğnî,* VII, 118; *el-Berdîsîm,* a.g.e., ikinci kısım, 2 vd.

reh açısından sahih ve mevkuf bir akittir. İkrahın ortadan kalkışından sonra onun bunu geçerli kılmasına bağlıdır (mevkuftur). Böyle bir akit geçerli kabul etme (icâze) yoluyla lâzım olduğuna göre; bu akdin fasit değil de mevkuf olduğunun delilidir. Çünkü fasit akit feshedilir, geçerli kabul edilmez. Dikkat edilecek olursa, Züfer'in delili daha güçlü ve daha yerindedir. Ancak Hanefîlerce mutemet olan görüş, Ebu Hanîfe ve iki talebesinin görüşüdür. (1)

Diğer fakihler ise ikrah hâlinde bu gibi tasarrufların sahih olmayıp batıl olduğunu söylemişlerdir. (2)

Buna örnek olarak ister tam, ister eksik olsun, satışta bulunmak üzere yapılan ikrah hâli gösterilebilir. Böylece dikkat edilecek olursa *müstekrehin satışının hükmü* konusunda ilim adamlarının dört görüşü bulunmaktadır:

a) Ebu Hanife ve iki talebesi mükrehin satışının fasit olduğu görüşündedir. Onlar satışa dair nasların umumî lafızları ile amel etmek üzere bu görüşlerini ortaya koymuşlardır. Cehalet, faiz veya buna benzer bir sebep ile satışın fasit olması ile ikrah yolu ile fasit olması arasında da fark gözetmezler. Çünkü rıza söz konusu değildir. Ancak müstekreh olan kimse, ikrahın ortadan kalkmasından sonra akdi mutlak olarak festhetme hakkına sahip olduğu gibi, geçerli kabul etme hakkına da sahiptir. Bu bakımdan satmak üzere ikrah edilen kişi, böyle bir alışverişi feshedecek olursa, satmak için zorlandığı şeyi geri alabilir. İsterse -meselâ müşterinin onda tasarrufta bulunması hâlinde olduğu gibi- elden ele dolaşmış olsun. Bundan maksat ikrah altında kalan satıcının maslahatını korumak, onun irade ve rızasını muhafaza etmektir. Diğer fasit satışlarda ise geçerli kabul etme diye bir şey söz konusu değildir. Çünkü onların fasit olmaları, faizin haram olması vb. sebeplerden olduğu gibi şer'î bir hak sebebiyledir. Nitekim yeni müşteri, satılan şeyde tasarrufta bulunacak olursa, onun bu tasarrufu geçerlidir ve asıl satıcının fesih hakkı yoktur. Çünkü yeni müşterinin satılan bu şeye (mebîye) hakkı taalluk etmektedir. Kulun hakkı ise, Allah'ın hakkından önceliklidir. Çünkü yüce Allah ganîdir, kul muhtaçtır.

b) Hanefîlerden olan İmam Züfer ise, müstekrehin satışının mevkuf olduğunu söylemiştir.

c) Malikîler, müstekrehin satışının lâzım (bağlayıcı) olmadığı görüşünü ortaya koymuşlardır. Yani mükreh olan âkid (akdi yapan), akdi geçerli kabul etmekte veya feshetmekte muhayyerdir. Bu görüş, aynı zamanda müstekrehin satışının, alışının ve ikrarının hükmüne dair verdiği açıklamalar hususunda Hanefî âlimlerinden Kudûrî'nin açıklamalarına uygun düşmektedir.

d) Şafiîler, Hanbelîler ve Zahirîler ise müstekrehin satışının batıl olduğu görü-

1- *ed-Medhalu'l-Fıkhî*, 364

2- *el-Bedayi*, VII, 186; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir*, VII, 293 vd.; *el-Kitâb ma'al-Lübâb*, IV, 108; *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 182; *ed-Dürrül'-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr*, V, 89 vd.; *el-Muhallâ*, VIII, 380; *Gâyetü'l-Müntehâ*, II, 5; *el-Berdîsî*, a.g.e., ikinci kısım, 25.

şünü kabul etmişlerdir.

İkrahın İkrarlara Tesiri:

Buraya kadar inşaî (akit ile yapılan) tasarruflarda ikrahın etkisinden söz ettik. Burada ise ikrahın ikrarlardaki etkisinden söz edeceğiz.

Bir kimse haksız yere her hangi bir şeyi ikrar için ikrah edilecek olursa, bu ikrar konusunda fakihlerin iki görüşü vardır:

a) Hanefî, Şafiî, Hanbelî ve Zahirîlerin görüşü: Bu görüşe göre ikrar geçersizdir ve ona her hangi bir sonuç terettüp etmez, yani hiç bir etkisi yoktur. İkrarda bulunulan şey, ister satış ve icare gibi fesih ihtimali olan türden olsun, isterse de fesih ihtimali olmayan şeylerden olsun, değişmez.

Hanefîler şunu delil göstermişlerdir: İkrar doğru ve yalan olma ihtimali olan bir haberdir. Şu kadar var ki, ihtiyar hâlinde ikrar sahihtir. Çünkü insan kendi aleyhine yapacağı ikrarlarda (yalan söylemekle) itham olunmaz; ancak böyle bir ikrar, ikrah hâlinde sahih değildir. Çünkü tehdidin varlığı sebebiyle yalan söyleme tarafı ağır basmaktadır. Hanefîlerin dışındakiler ise, şu hadisi delil göstermişlerdir: *"Hata, unutma ve üzerine zorlandıkları şey ümmetimden kaldırılmıştır."* Bu hadis-i şerifte yer alan: "şey" lafzı, genellik ifade eder. Bu durumda insanın yapmak için zorlandığı her türlü tasarrufun hükmü kaldırılmış demektir. İkrar de tasarruflardan bir tasarruftur, dolayısıyla ikrah hâlinde onun da hükmü kaldırılmış olur. İkrah hâlinde ikrar her hangi bir netice doğurmaz.

b) Malikî mezhebi; müstekrehin ikrahının lâzım olmayacağı görüşünü kabul etmektedir. Yani müstekreh ikrahın kalkmasından sonra ikrarı kabul etmek veya etmemekte serbesttir.

Buna delil olarak; müstekrehin ikrarının talak gibi olmasını göstermişlerdir. Çünkü aradaki ortak özellik, her ikisinin de rızasının olmamasıdır. Müstekrehin talâkı lâzım (bağlayıcı) olmadığına göre müstekrehin ikrarı da lâzım değildir.

Zina, içki içmek, hırsızlık, kazf veya katl gibi işleri ikrah altında iken ikrar etmek ise geçersiz (lağv) kabul edilir. Bu durumdaki ikrara fakihlerin çoğunluğuna göre had de, kısas da uygulanmaz. Malikîler de bu görüşü kabul eden fakihler arasındadırlar. Çünkü ikrah bir şüphedir; hadler ise şüphelerde bertaraf edilir. (1)

Muhayyer Bırakılan Şer'î Tasarruflarda İkrahın Etkisi:

Şer'î tasarrufların feshi mümkün olan ve olmayan iki çeşidi olduğunu görmüş bulunuyoruz.

1- *el-Bedayi,* VII, 189 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 265; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 182; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 89; *Mecmau'd-Damânât,* 206; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 397; *el-Muğnî,* VIII, 196 *Hâşiyetü'l-Bâcûrî,* II, IV, *el-Berdîsî,* a.g.e., ikinci kısım, 44 vd.

Fesih ihtimali olmayıp ikrah ile muhayyer bırakılan şer'î tasarrufların hükmü konusunda fakihlerin iki görüşü vardır:

Şafiîlere göre: Şafiîlere göre yapılması için ikrah edilen şeyin belirlenmesi şarttır. Muhayyer bırakmak hâlinde ikrah söz konusu olmaz. Böyle bir durumda feshi kabul olmayan ve muhayyer bırakılan tasarruflar nafiz (geçerli)dir.

Fakihlerin cumhurunun görüşü: Yapılması için ikrah olunan şey (mükrehünaleyh)in belirlenmesi şart değildir. Muhayyer bırakmakla birlikte ikrah da bakidir. Buna bağlı olarak fesih ihtimali olmayan ve muhayyer bırakılan şer'î tasarruflarda ikrahın etkileri de terettüp eder. Bu terettüp eden etki ise daha önce açıkladığımız şekilde her mezhepte ayrı ayrı tespit edilmiştir.

Her hangi bir kimse, zifaf olduğu veya olmadığı hanımlarından birini boşamak üzere ikrah edilse, o da bu iki kadından birisini boşayacak olursa Şafiîlere göre ikrah muteber değildir ve boşama vakidir. Çünkü onun yaptığı bu işte muhayyer olduğuna dair bir karine bulunmaktadır.

Diğer mezhep imamlarına göre ise ikraha itibar edilir. Ancak onlar talâkın vukuunda yani ikrahın etkisinin sıralanışında açıklamalarda bulunmuşlardır. Hanefîlere göre talâk vaki olur. Çünkü onlara göre fesih ihtimali olmayan sözlü tasarruflarda ikrahın bir etkisi olmaz. Malikîlerce mutemet olan görüşe göre talâk lâzım değildir. İkrahın ortadan kalkmasından sonra müstekreh talâkı geçerli kılma hakkına sahiptir. Hanbelîlere göre ise talâk vaki olur; çünkü onlara göre muhayyer bırakmak tayin etmek gibidir.

Fesih ihtimali bulunan ve muhayyer kılınan şer'î tasarruflara gelince: Aynı şekilde bunlarda da ikrahın etkisi konusunda fakihlerin iki görüşü bulunmaktadır:

a) Muhayyer bırakmak ile birlikte ikrah söz konusu değildir; diyen Şafiîlerin görüşü.

b) Muhayyer bırakmakla birlikte ikrahın da söz konusu olmasına mani bir durum olmadığı görüşünde olan diğer imamların görüşü.

Meselâ, bir adam mülkü bulunan iki apartmandan birisini satmak üzere ikrah edilse, o da onlardan birisini satsa, böyle bir satış, burda ikrah olmayacağından dolayı Şafiîlere göre geçerlidir.

Diğer mezhep imamlarına göre ise, belirlenme hâlinde olduğu gibi, ikrahın etkisi buna terettüp eder. Buna binaen Hanbelî ve Zahirîlere göre iki apartmandan birisinin satışı batıl, Hanefîlerin cumhuruna göre fasit, Malikîlerle Züfer'e göre mevkûf olur. Bu görüş sahiplerinin her birisinin delili ise daha önce söz konusu ettiğimiz satmak üzere ikrah örneğinde açıklanmıştır. [1]

1- Feshi mümkün tasarruflar hususunda ikrah bahsinde kaydedilen yerler; *Muğni'l-Muhtâc,* III, 289; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* II, 367, *el-Berdîsî,* a.g.e., 60 vd.

HACR *(Tasarrufları Kısıtlamak)*

1. Hacrin Tarifi, Meşruluğu, Hikmeti ve Kısımları

Tarifi: hacr, sözlükte alıkoymak, menetmek ve daraltmak demektir. Tasarruftan alıkoymak manasına: "Üzerine hacr kondu" denilir. Bu bakımdan haram kılınan şeye de "hicr" denilmiştir. Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Ve: 'hicran mahcurân' derler."* (Furkân, 22) Yani: kesinlikle haram kılınmıştır diye söylerler, demektir. Akla da "hicr" adı verilmiştir. Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Bunda akıl (hicr) sahibi olanlar için büyük bir yemin vardır, değil mi?"* (Fecr, 85). Görüldüğü gibi burada yer alan *hicr* kelimesi akıl anlamındadır. Çünkü akıl kişiyi iyi olmayan ve akıbeti zararlı olan, işlenmesi kötü şeylerden alıkoyar. Mescid-i Haram'daki "el-Hatîm"e de *hicr* adı verilmiştir. Çünkü bu kısmın Kabe'nin içine alınması engellenmiş gibidir. Aynı şekilde meydana dahil sayılmaktan da alıkonulmuştur.

Şer'î bir terim olarak ise *hacr,* insanın malında tasarrufta bulunmaktan alıkonulması demektir. Bunun zıddı izindir. Bu ise hacrin çözülmesi ve men' hakkının düşürülmesidir. [1] *Hacr*'ın fakihler tarafından yapılmış birbirine yakın tarifleri bulunmaktadır, bunları görelim:

Hanefîlere göre[2] *Hacr:* Sözlü akid ve tasarrufların lüzumunu (bağlayıcılığını) alıkoymak, engellemek demektir. Hacr altında bulunan kişi (mahcur), satış veya hibe gibi herhangi bir akit veya tasarrufta bulunacak olursa, bu tasarruf geçerli değildir, yani lâzım olmaz, bu akdin hükmü terettüp etmez. Kabz ile bir şeye malik olamaz. Hacrin kavlî (sözlü) tasarruflardan olmasının sebebi, hacr yoluyla geçerliliği engellenebilecek tasarrufların bu tür tasarruflar olmasındandır. Fiiller hakkın-

---

1- *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 203; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 108.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 99; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 190; *el-Lübâb,* II, 66.

da ise hacr düşünülemez. Zira meydana geldikten sonra fiilin kaldırılmasına -kavlin hilâfına- imkan olmaz. Şer'an kavl (söz) ile yapılan aktin engellenmek yahut da geçerli olmasına mani olmakla kaldırılma imkânı vardır. Hanefîlerin daha hassas bir başka tarifi daha vardır: "Hacr, belli bir kişiye taalluk eden belli bir tasarrufun veya bu tasarrufun geçerli olmasının yani lüzumunun yasaklanması demektir. Çünkü hacr altında olan kimsenin akdi mevkuf (şarta bağlı) olarak gerçekleşir. [1]

Küçüğün veya delinin hacredilmesi, bazen tasarrufunun hiçbir şekilde mün'akit olmamasına sebep olabilir. Eğer bu akit -mesela hanımını boşamak halinde olduğu gibi- safî bir zarar ise, durum böyle olur. Kimi zaman da hacr, küçüğün veya delinin tasarrufunun, velisinin geçerli kabul etmesine bağlı olmak üzere mevkuf (şarta bağlı) olmasını gerektirir. Mümeyyiz bir kimsenin alışverişte bulunması buna örnektir. Şayet hacr altında bulunan kişi hiçbir şekilde aklı ermeyen bir kimse ise, onun tasarrufu batıldır.

Fiillerin hacr altına alınmasının ise hiçbir faydası yoktur. Bu durumda küçük olsun deli olsun başkasına ait olan malı telef ettiği takdirde, tazminatını öder ve onun değeri, malı varsa malından alınır; bu ödemeyi küçük veya deli adına velisi veya vasisi yapar. Çünkü tazminat ödemek, *"hitab-ı vaz"* türündendir ve bunda teklif veya temyiz şartı aranmaz. Şu kadar var ki, hadler ve kısaslar gibi bedenî cezalar, onlara uygulanmaz. Çünkü sahih kasd onlarda bulunmaz. Ancak öldürmek halinde, üzerlerine diyet vacip olur; çünkü onların öldürmeleri hataen öldürme olarak değerlendirilir.

Malikîlere göre[2] hacr hükmî bir nitelik, yani şeriatin hükmettiği bir nitelik olup bu niteliğe sahip olan kimsenin gıda ihtiyacından fazla miktardaki tasarruflarının ya da malının üçte birinden fazlasını teberruda bulunmasına mani olur. Birinci durumda küçüğün, delinin, sefîhin, müflisin ve benzerlerinin hacr altına alınması tarifin kapsamına girer; o takdirde bunlar gıdalarından fazla olan miktarlardaki satış veya teberru gibi tasarruflarından alıkonulurlar ve onların bu tasarrufları velilerinin izin vermesine bağlı (mevkuf) olur. İkinci durumda ise ölüm hastalığına yakalanmış kimse ve zevcenin hacr altına alınması halini kapsar. Bu hâlde olanların alışverişte bulunmaları engellenmemekle birlikte mallarının üçte birini teberru etmekten alıkonulurlar.

Şafiîler ve Hanbelîlere göre[3]: Hacr, kişiyi malî tasarruflardan alıkoymaktır. Bu alıkoymak ister küçüğün, delinin veya sefîhin alıkonulması hallerinde olduğu gibi şer'î hükümlerden kaynaklansın, isterse ödemesi gereken bedeli ödeyinceye kadar müşterinin malında tasarrufta bulunmaktan hakim tarafından alıkonulmuş olsun, değişen bir şey yoktur. Hacr altında bulunan kişi (sefîh, müflis ve hasta) ta-

1- *Reddü'l-Muhtar,* V, 99.

2- *hâşiyetü's-Sâvî ale'ş-Şerhi's-Sağîr,* III, 81.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 165; *el-Muğnî,* IV, 456; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 404.

lak, cezayı gerektiren ikrar gibi tasarruflar ile vacip veya mendup bedenî ibadetler gibi tasarruflardan alıkonulmaz. Bu kimselerin mendup olanları değil de hac gibi farz (vacip) olan malî ibadetleri geçerlidir. Ancak küçüğün ve delinin ister malî, ister zimmette, isterse de evlenmek ve boşanmak gibi şahsî hallerine dair tasarrufları, hiçbir şekilde ve mutlak olarak sahih olmaz.

Meşru Olmasının Delili: Kur'an-ı Kerim'de ilke olarak hacrin meşru olduğuna delâlet edebilecek üç ayet-i kerime nazil olmuştur. Bunların birincisi şudur:

"Allah'ın sizi başına diktiği mallarınızı sefihlere vermeyin. Kendilerine bunlardan yedirin, giydirin, bir de onlara güzel söz söyleyin." (Nisa, 5) Bu ayet-i kerimede Yüce Allah sefihlere veli olan kimselerin, sefihlere mallarını vermelerini yasaklamaktadır. Çünkü bu malların onlara verilmesi, malın telef olmaya maruz bırakılması demektir. Bu durumda, ayet onların kendi mallarında tasarrufta bulunmaktan alıkonulacaklarının delilidir; bu ise bu gibi kimselerin hacr altına alınmaları demektir.

İkinci ayet-i kerime şöyledir: *"Yetimleri nikâh çağına erecekleri zamana kadar deneyin. Şayet onlarda bir reşidlik (olgunluk) görürseniz mallarını onlara teslim edin."* (Nisâ, 6) Burada Yüce Allah mallarını korumak hususunda yetimlerin denenmelerini emretmektedir. Bu ise onların tasarrufu bilip bilmediklerini anlamak için mallarının bir kısmını onlara vermek suretiyle gerçekleşir. Şayet ergenlik yaşına gelmeden önce onların rüşde sahip oldukları görülürse mallarını onlara teslim eder. Nass burada reşitlikten önce mallarının kendilerine verilmesini yasaklamaya ve mallarında tasarrufta bulunmaktan yana hacr altına alınmalarına, yani tasarrufta bulunmalarının engellenmelerine delâlet etmektedir.

Üçüncü ayet-i kerime ise Yüce Allah'ın şu buyruğudur: *"Eğer üzerinde hak olan kişi akılsız (sefih) yahut zayıf olur ya da bizzat yazdırmaya gücü yetmezse velisi adaletle yazdırsın."* (Bakara, 282) İmam Şafiî bu ayet-i kerimede geçen *sefih* kelimesini mübezzir (savurgan), *zayıf* kelimesini küçük çocuk ile aklî dengesi yerinde olmayan yaşlı şeklinde; *bizzat yazdıramayan* kimseyi de aklî dengesi yerinde bulunmayan kişi olarak tefsir etmiştir. İşte Yüce Allah buna göre velilerinin bu gibi kişilerin yerine geçeceğini bize bildirmektedir. Bu da onların hacr altına alınacaklarının sabit olduğuna delildir. Sahih Sünnetten delil de şunlardır: *"Peygamber (a.s.)'in Muaz'ın malını hacr altına alıp üzerindeki bir borç sebebiyle malı sattığı sabittir."* (1) *"Hz. Osman da savurganlığı sebebiyle Abdullah b. Ca'fer'i hacr altına almıştır."* (2).

Hacrin Meşru Oluşunun Hikmeti: Hacirde gerçek manada insanın haysiyetinin yok edilmesi diye bir şey söz konusu değildir. Hacr bir merhamet, bir maslahat,

1- Bu hadis Darekutnî, Beyhakî ve sahih olduğunu belirterek Hakim, Ka'b b. Mâlik'ten rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 244 vd.
2- Bu hadisi Şafiî *Müsned*'inde Urve b. ez-Zubeyr'den rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 245.

bir koruma ve dayanışmadır. Çünkü hacr, hacr altına alınan kimse için bir merhamettir. Çünkü sorumluluklarının çoğalacağı, görevlerinin artacağı bir zamana kadar malının muhafaza edilmesini sağlar. Bunun sonucunda o birden hayatın acı yanıyla ve zorluklarla karşı karşıya kalmaz, işlerin üst-üste biriktiğini görmez, zorluklar, meşakketler onu bunaltmaz. Aksine sahip olduğu malıyla, bunlardan kurtulmanın çarelerini, şerefli bir hayat sürme imkânını hazır bulur. Hayatın yolunda ilerleme fırsatını elde eder. Hacr kişinin malını bir takım kimselerin lüzumsuz tasarruflarına karşı korur, sağlıklı olmayan yollarda malı harcamak şeklindeki nefsî arzuya bir sınır koyar.

Hacr, hem ferdin hem de toplumun menfaatine olan bir uygulamadır. Bunlara gelecek zararları önler. Çünkü hacr altına alınan kimsenin bu konuda alıştırılması ve tasarruflarla ona gerekecek hizmetin yapılması, ticarî işlerinin de görülmesi suretiyle ona bir alışkanlık kazandırılır ve sonunda topluma muhtaç olmaktan kurtulur ve malların da telef olmasının önüne geçilir. Diğer taraftan reşîd ve büyümüş bir kimsenin, meselâ kasır (noksan) ehliyetli bir yetime zorunlu bir yardımıdır. Böyle bir kişi, o bir yetimin elinden tutar, hayat yolculuğunda ona destek ve malını çoğaltmasına yardımcı olur. Kendisi için zorunlu olan konularda harcamalarda bulunmasında yol gösterir, faydalı olmayan işlerde değişik harcamalardan da uzak durmasını sağlar. Hacr altına alınan kişi şayet küçük, deli veya bunak bir kimse ise, aklı eksik kişi demektir; dolayısıyla menfaatine olacak işleri değerlendiremez. Böyle bir kimsenin bir iş konusunda sahih bir şekilde razı olması, bir maksat gözetmesi veya bir tercihte bulunması da düşünülemez. Böyle bir kimsenin hacr altına alınması da malında faydalı bir şekilde tasarrufta bulunmaktan aciz olduğundan dolayıdır. Böyle bir kimsenin hacr altına alınmasının sebebi, onun lehine malını korumak maslahatını sağlamadır. Şayet mallarını saçıp savuran bir sefih ise, o takdirde bu malını boşuna telef eden ve faydalı olmayan yollarda onu kaybedip yitiren kimse demektir.

Şayet kolaylıkla aldatılabilen bir kimse ise, kâr getirecek tasarrufları bilemeyen kimse demektir, bu gibi bir kimse de alış-verişlerde aldatılır ve zarar görür.

Eğer hacr altındaki kişi borçlu ise, ona borç verenlerin haklarının gözetilmesi, menfaatlerinin korunması ve zarar görmelerinin önlenmesi bu şekilde garantiye alınmış olmaktadır. Böylece insanlar arasında, hayrın bir kaynağının kuruması önlenmiş olur. Çünkü bir müslüman karz-ı hasen yoluyla verdiği borçtan böyle bir garanti olduğu müddetçe zarar görmez ve bu güzel işin devamı sağlanmış olur.

Bu bakımdan hacr, malını ve haklarını korumak suretiyle bizzat hacr altına alınan kimsenin menfaatini sağlar. Aynı şekilde yoksulluk, ihtiyaç ve fakirliğin gediklerinden birisini kapatmak suretiyle toplumun da menfaatinedir. Çünkü mal, hayatın can damarıdır. Malın israf ve savurganlık söz konusu olmaksızın harcaması gerekir. *"Çünkü savurganlar şeytanların kardeşleridir."* (İsrâ, 27)

Yüce Allah, yetim ve yoksulların veli ve vasilerine hak, adalet ve maruf ölçüler içerisinde işlerini gözetip kontrol etmelerinin zorunlu olduğunu bildirmiştir. Çünkü bizzat insanın kendisi de, güçsüz, başkalarının yardımına muhtaç zayıf bir zürriyet bırakabilir. Bu hususta Yüce Rabbimiz şöyle buyurmaktadır:

"Vefat ettiklerinde arkalarında güçsüz ve küçük çocuklar bıraktıkları takdirde, hallerinin ne olacağını düşünüp endişe edenler korksunlar, Allah'tan sakınsınlar da sözün dosdoğru olanını söylesinler. Şüple yok ki, zulümle yetimlerin mallarını yiyenler karınlarına ancak bir ateş koymuş olurlar. Onlar yakında alevli bir ateşe de gireceklerdir." (Nisâ, 9-10) İmam Ahmed, Neseî ve Ebu Dâvud ile başkaları İbn Abbas'ın şöyle dediğini rivayet etmektedirler: "Yüce Allah'ın: *Bir de yetimin malına rüşdüne erinceye kadar en güzel olandan başka bir suretle yaklaşmayın."* (En'âm, 172 ve İsrâ, 34) buyruğu nâzil olunca veliler, yetimlerin mallarını ayırdılar. Bunun sonucunda yemekler bozulmaya, etler kokuşmaya başladı. Bu durum Peygamber (a.s.)'e zikredilince şu ayet-i kerime nazil oldu: *"Şayet onlarla bir arada yaşarsanız, onlar sizin kardeşlerinizdir. Allah ıslah edenle fesat yapanları bilir."* (Bakara, 220). Ayrıca Yüce Allah malları kendilerine verilmeden önce yetimlerin sınanmalarını da farz kılarak şöyle buyurmaktadır: *"Yetimleri nikâh çağına erecekleri zamana kadar deneyin. Şayet onlarda bir reşidlik görürseniz mallarını onlara teslim edin."* (Nisâ, 6)

Kur'an-ı Kerim hem sefihin, hem de insanların menfaatini korumak maksadıyla malının sefihe verilmesini yasaklamak üzere şöyle buyurmaktadır: *"Allah'ın (geçiminiz için) sizi başına diktiği mallarınızı sefihlere vermeyin."* (Nisâ, 5)

Az önce de işaret ettiğimiz üzere; alacaklıların zarar görmelerini önlemek maksadıyla borçlunun hacr altına alınacağı sünnette sabit olmuştur. Nitekim malını zayi olmaktan korumak maksadıyla Hz. Osman'ın savurgan bir kimseyi hacr altına aldığı da sabit olmuştur. Darekutnî, Ka'b b. Mâlik'ten şunu rivayet etmektedir: Peygamber (a.s.) Muaz'ın malına hacr koymuş ve üzerindeki bir borcu ödemek üzere o malı satmıştır. İmam Şafiî de *Müsned*'inde Urve b. ez-Zübeyr'den Hz. Osman'ın, Abdullah b. Ca'fer'i savurganlığı sebebiyle hacr altına aldığını rivayet etmektedir.

Maslahatın Türüne Göre Hacrin Kısımları: Hacr, gözetilen maslahata göre iki türlüdür: [1]

1- Hacredilenin maslahatı için hacr: Delinin, sefîhin, mübezzir (savurgan)'in hacr altına alınması gibi. Çünkü bu durumda hacrin faydası bunlar içindir. Ve hacr bizzat onların menfaati için meşru kılınmıştır.

2- Başkalarının maslahatı için hacr: Alacaklıların hakkını korumak maksadıyla borçlunun hacr altına alınması, mirasçıların haklarını korumak maksadı ile de

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 165; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, vd.

ölüm hastalığında olan kimsenin borç olmadığı halde, terekenin üçte birinden fazlasındaki tasarrufun alıkonulması, rehinin hakkını korumak maksadıyla rehin alan kimsenin hacr altına alınması gibi... İşte bu durumlarda hacr, hacr edilenlerin dışındaki kimselerin menfaati için meşru kılınmıştır.

2. Hacrin Sebepleri

Hacrin pek çok sebebi vardır. Bunların bir kısmı üzerinde ittifak vardır. Ehliyetin yokluğu veya eksikliği sebebiyle küçüklük, delilik ve bunaklıktan dolayı hacr altına almakta olduğu gibi. Bir kısım sebepler hakkında da ihtilâf edilmiştir. Sefîh, gaflet ve borç sebebiyle hacirde olduğu gibi. Bu konudaki görüş ayrılığı ise ehliyetin eksik olmasından dolayı değil de, bu gibi kimselere ve diğer insanlara gelecek zararı önlemek konusundaki görüş ayrılığından ileri gelmektedir.

Kölelik sebebiyle hacr üzerinde ittifak vardır. Köle, izni olmadıkça başkasının mülkünde tasarruftan alıkonulmuştur (hacredilmiştir). Çünkü onun mülkiyet ehliyeti yoktur.

Hacr altına alınmış kimsenin tasarruflarında hacrin etkisi, sebebinin çeşidine göre farklılık gösterir. Aşağıdaki başlıklar altında bu görüş ayrılıkları incelenecektir.

I- Küçüğün tasarruflarında hacr

Küçüklük, her insanın geçtiği bir merhaledir. Doğum ile başlar, ergenlik yaşına varıncaya kadar devam eder. Ergenlik yaşına ulaşmamış yetim küçüklerin, hacr altına alınmasının vacip oluşu üzerinde ilim adamları icma etmişlerdir. [1] Çünkü Yüce Allah: *"Yetimleri nikâh çağına erecekleri zamana kadar deneyin."* (Nisa, 6) diye buyurmuştur. Diğer taraftan tasarrufların sonuçlarını takdir edebilmek için gerekli olan idrak tamam olmadığından tasarruf ehliyeti de yeterince onlarda bulunmamaktadır.

Fakihler, küçüğün tasarruflarının hükmü ile ona dair başka bir takım hususlarda farklı görüşlere sahiptirler.

Küçüğün Tasarruflarının Hükmü veya Küçüğün Hacr Altında Olmasına Dair Fakîhlerin Görüşleri:

Küçüğün hacr altına alınmasının etkisi konusunda fakihlerin farklı görüşleri vardır. Hanefîlerle Malikîler mümeyyiz olan ile olmayanın farklı şekilde değerlendirilmesinin zorunlu olduğu görüşünde olmakla birlikte, Şafiîlerle Hanbelîler bunlar arasında fark gözetmezler.

Hanefîlerle Malikîlere göre: [2] Küçük ya mümeyyizdir veya değildir. Mü-

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 275.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 101; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 191; *Tekmiletü Fethi'l-Kader,* 310 vd.; *el-Bedâyi'* VII, 171; *el-Lübâb,* II, 67; *eş-Şerhü'l-Kebîr,* III, 294, 296; *eş-Şerhü's-Sağîr,* III, 384; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 320; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 278.

meyyiz olmayan, yedi yaşını tamamlamayan çocuktur. Mümeyyiz ise yedi yaşını tamamlayan çocuktur. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Çocuklarınıza yedi yaşında iken namaz kılmalarını emrediniz."* (1)

Tasarruflar ya sözlüdür veya fiilidir:

Fiilî tasarruflar, gasplar ve teleflerdir. Küçüğün veya delinin hacr altına alınmasının bu tür tasarruflarda etkisi yoktur. Bunlar telef ettikleri her hangi bir mal veya canın tazminatını ödemek durumundadırlar. Zira fiiller hakkında hacr söz konusu değildir; hacr sadece sözler ile ilgilidir. (2)

Sözlü tasarruflara gelince:

Eğer bu gibi tasarruflar mümeyyiz olmayan kişiden sadır olmuşsa, onun bütün tasarrufları batıldır. Çünkü böyle bir kişinin ödeme veya tasarruf ehliyeti yoktur. Zira onun ne aklı, ne de temyiz gücü vardır. O bakımdan onun rızası veya maksadı nazar-ı itibara alınmaz. Bu tasarrufun onun için faydalı olması ile zararlı olması yahut da fayda ile zarar arasında olabilmesi arasında fark yoktur. Bu bakımdan böyle bir kimsenin akdi, ikrarı ya da talağı -delininki gibi- sahih değildir. Çünkü her ikisinin de sözlerine itibar edilmez.

Eğer bu sözlü tasarruflar, mümeyyiz bir kimseden sadır olursa üç türlüdür:

a) Ona mutlak menfaat sağlayan tasarruf. Hibeyi veya vasiyyeti kabul etmesi, İslâm'a girmesi gibi. Bu tür tasarrufları sahihtir, velisinin veya vasisinin geçerli kabul etmesine bağlı olmaksızın -onun menfaat yönünü gözetmek maksadıyla- geçerli olur.

b) Ona mutlak bir şekilde zarar veren tasarruflar. Malından her hangi bir şeyi teberru olarak vermesi, borç vermesi, ödünç vermesi, hanımını boşaması gibi. Bu tür tasarrufları batıldır, nafiz (geçerli) olmaz; velinin geçerli kabul etmesi dahi bu gibi tasarrufları sahih duruma getirmez. Çünkü batıl olan bir tasarruf için geçerli kılmanın faydası yoktur. Hanefîlerin kabul ettiği kaidelerden birisi de şudur: "Her talak geçerlidir, ancak küçüğün ve ma'tuh (bunak)'un talağı müstesnâ." Bunu hadis olarak da rivayet etmişlerse de kesinlikle sahih değildir. (3)

c) Zararlı ve faydalı olabilen tasarruflar: Alış-veriş, kiraya vermek, kiralamak ve evlenmek gibi. Bu gibi tasarrufları eğer mümeyyiz kişi, satmanın elindeki mülkü çıkarmaya, satın almanın da başkasının elindeki mülkü celbetmeye (eline geçirme-

1- Hadisi Ahmed, Ebu Dâvud ve Hakim, Abdullah b. Amr'dan rivayet etmişlerir.

2- Hacir, fiiller üzerinde değil, sadece sözler hakkındadır. Çünkü fiillerin varlıkları his ve müşahede ile anlaşıldığından; (hacr altına alınabilmelerine imkan sağlayacak türden) başvurulacak bir esasları yoktur. Halbuki sözler böyle değildir. Çünkü onlara itibar vakıa ile değil de, şer'an varlıkları dolayısıyladır. Maksat ise bunların muteber kabul edilmeleri için bir şarttır. *el-Hidâye-Tekmiletü'l-Feth ile-* VII, 311.

3- *Nasbu'r-Raye,* IV, 161.

ye) sebep olduğunu aklıyla kavrayabiliyor ve laf olsun diye değil de o maksadı gözeterek yapıyor ise, mümeyyizin bu tasarrufu velinin geçerli kabul etmesine bağlı (mevkuf) olmak üzere gerçekleşir. Çünkü mümeyyizin bu gibi tasarruflarının zarar getirme ihtimali de vardır. Eğer veli bu tasarrufu geçerli kabul ederse nafiz (geçerli) olur, geçerli kabul etmezse batıl olur. Ancak velinin fahiş bir ğabn (ileri derecede aldanma) olan şeyleri geçerli kabul etmek yetkisi yoktur. Şayet bir maslahat varsa veli muhayyerdir, isterse kabul eder, dilerse fesheder.

Şafiîler ve Hanbelîlere göre: (1) Mümeyyiz olsun olmasın, küçüğün bütün malî tasarrufları batıl kabul edilir. Ancak Şafiîler şunu söylerler: "Velisi kendisine izin vermiş olsa dahi mümeyyizin tasarrufları sahih olmaz. Mümeyyiz küçüğün duhûl (evin içine girmek) ve hediye götürmek iznine itibar edilir. Yine velisinin izni ile ihramı sahih olur. İbadeti sahihtir. Münkeri izale etmek hakkına sahiptir ve ergenlik yaşına ulaşmış kimse gibi bundan dolayı sevap da alır. İslâm'a girmesi de muteberdir; efendimiz Hz. Ali'nin İslâm'a girmesinin muteber olduğu gibi.

Hanbelîler ise şöyle demektedirler. Velisinin izni ile mümeyyizin tasarrufu sahihtir. İzin verdiği ticaret ve benzeri hususlarda üzerinden hacr kalkar ve izin verdiği şeyler için ikrarı da sahih olur.

Her iki mezhep de -Hanefîlerle Malikîlerin kabul ettiği şekilde- küçüğün mal olsun, can olsun telef ettiği şeylerin tazminatını ödeyeceği konusunda ittifak etmişlerdir. Hülasa Hanefîlerle Malikîlere göre küçüğün ve delinin akitleri de, ikrarları da geçerli değildir, Şafiîlerle Hanbelîlere göre ise sahihtir.

Küçüğe Mallarını Teslim Etmemek:

İlim adamları reşid olarak bülûğa ermedikçe, mallarının küçüğe teslim edilmeyeceği üzerinde ittifak etmişlerdir. (2) Çünkü Yüce Allah mallarının küçüğe teslim edilmesini iki şarta bağlı kılmıştır. Bunlar bülûğ (ergenlik) ve reşidliktir. Yüce Allah'ın konu ile ilgili buyruğu şöyledir: *"Yetimleri nikâh çağına erecekleri zamana kadar deneyin. Şayet onlarda bir reşidlik görürseniz mallarını onlara teslim edin."* (Nisâ, 6) İki şarta bağlı kılınmış olan bir hüküm bu şartlar olmaksızın sabit olmaz.

Buna göre küçük, ya reşid olarak veya rüşdsüz bülûğa erer.

a) Şayet reşid olarak bulûğa ererse: Malını telef etmez ve faydalı olarak tasarruf eder veya kullanırsa malı ona verilir ve üzerinden hacr kalkar. (3) Çünkü Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Şayet onlarda bir reşidlik görürseniz, mallarını onlara teslim ediniz."* Ebu Dâvud'un *Sünen*'inde kaydedildiğine göre: *"Bu ise ancak*

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 166, 170; *Keşşâfu'l-Kınâ,* II, 431.

2- *el-Muğnî,* IV, 457 vd., 471; *el-Mühezzeb,* I, 330; *el-Bedâyî,* VII, 170; *Bidâyetu'l-Müchtehid,* II 277

3- *el-Mühezzeb,* I, 331; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 166, 167; *el-Muğnî,* IV, 457; *el-Bedâyi',* V, 154 ve VII 170.; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 195; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 277.

ergenlikten sonra gerçekleşir." Malını ona verecek olursa bu konuda şahit tutar. Çünkü Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Mallarını kendilerine verdiğiniz zaman da karşılarında şahit bulundurun."* (Nisâ 6)

Küçüğün üzerinden hacrin kaldırılması için hakimin hükmüne gerek var mıdır?

Cumhur (Hanefîler, daha tercih edilen görüşlerinde Şafiîler ve Hanbelîler) şöyle demektedir. (1) Küçüğün üzerinden hacr reşid olarak bülûğa ermesiyle, hakimin hükmüne gerek olmaksızın kalkar. Çünkü onun hacri hakimin hükmüne gerek olmaksızın sabit olmuştur. Dolayısıyla ayrı bir hükme gerek olmaksızın kalkar. Delinin hacr altına alınmasında olduğu gibi. Şafiîler'deki diğer görüşe göre hakimin hükmüne gerek vardır. Çünkü sefîhin üzerinden hacrin kaldırılmasında olduğu gibi, konunun iyice araştırılmasına ve denemeye ihtiyaç vardır. Cumhurun görüşü ise tercihe daha şayandır. Çünkü bu hem duruma uygundur, hem de kolaylık sağlamaktadır.

Malîkiler de şöyle demektedir: (2) Küçük ya erkektir veya dişidir.

Şayet *erkek ise* üç hal söz konusudur:

1- Babası hayatta olur: Sefîhliği açıkça görülmedikçe veya babası tarafından hacr altına alınmadıkça, ayrı bir hükme gerek olmaksızın ergenlik yaşına ulaşması ile hacr altından çıkar.

2- Babası ölmüş ve vasisi olabilir: Reşid olduğu görülmedikçe hacr altından çıkmaz. Eğer vasisi, baba tarafından seçilmiş bir kimse ise o takdirde hakimin iznine gerek olmaksızın onun rüşdüne hükmedebilir. Çünkü herhangi bir kimsenin tayini söz konusu olmaksızın asaleten onun üzerinden hacr sabit olmuştur. O bakımdan hacrin kaldırılması için ayrıca hakimin hükmüne gerek yoktur. Şayet vasi hakim tarafından tayin edilmiş ise, İbn Cüzey'in belirttiğine göre hakimin izni olmaksızın, onun reşidliğine hükmetmek yetkisi yoktur. Ancak ed-Derdîr'in belirttiği ve daha tercihe sayan görüşe göre; vasi ister baba tarafından ister hakim tarafından tayin edilmiş olsun, hacr altında olan kimsenin reşidliğine hükmetmesi için hakimin iznine gerek yoktur. Onun reşidliğinin ortaya konulması ise, vasinin adil kimseler önünde: "Benim filân kişi üzerinden hacri kaldırdığıma ve tasarrufta bulunmakta onu serbest bıraktığıma şahit olunuz. Çünkü ben onun reşid olduğunu tespit ettim, güzel tasarruflarda bulunduğunu gördüm" demesi ile gerçekleşir. Hakim reşid olduğunu tespit ettiği takdirde hacr altında bulunan kimse hakkında mutlak olarak rüşdüne hükmetmek yetkisine sahiptir.

1- Aynı yerler.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr ma'a'd-Desûkî,* III, 296, 298; *eş-Şerhu's-Sağîr,* I, 383 vd.; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 277; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 355.

3- Babası da vasisi de olmaksızın ergenlik yaşına gelmesi: Böyle bir kimseye *mühmel* denilir. Bu durumda olan kişi, sefîhliği ortaya çıkmadıkça reşid kabul edilir.

Netice olarak, babası ve babası tarafından seçilmiş vasisi olan küçüğün hacrinin kaldırılması için hakimin hükmüne gerek yoktur. Ancak babası olan küçüğün ayrıca reşidliğinin ilan edilmesine ihtiyaç olmaz. Vasisi olan küçüğün ise reşitliğinin ilân edilmesine ihtiyacı vardır. Hakim tarafından tayin edilmiş vasisi bulunan küçüğe gelince, İbn Cüzey'in görüşüne göre hakimin hükmüne gerek vardır; ed-Derdîr'e göre yoktur.

Çocuk, kız olup babası varsa, babası onun reşid olduğunu ortaya koymadıkça, dört hususun dışında üzerinden hacr kalkmaz. Bunlar; ergenlik yaşına gelmesi, güzel ve yerli yerinde tasarrufta bulunması, adil kişilerin buna şehadet etmesi ve kocasının kendisi ile zifaf olması. Ancak baba, kocası ile zifafa girmeden önce kızının reşîd olduğunu açıklamak hakkına sahiptir. Bunu da: "Ben senin reşid olduğunu kabul ettim, üzerinden de hacri kaldırdım." demek suretiyle yapar. O takdirde kızın üzerinden hacr kalkar ve tasarrufları geçerli olur. Durumunun tasarrufa elverişli olduğuna dair adil kimselerin şahitliğine de gerek olmayabilir.

Babası tarafından seçilmiş veya hakim tarafından tayin edilmiş vasisi bulunan küçük kızın üzerinden hacrin kalkması ise ancak şu beş husus ile mümkündür: Ergenlik çağına girmiş olmak, güzel ve yerinde tasarrufta bulunmak, buna dair delilin tanıklığı, kocasının kendisiyle zifafı ve vasi kimsenin reşid olduğunu açıklamak suretiyle üzerinden hacri kaldırması. Hacrin kaldırılması için hakimin iznine ihtiyaç yoktur. Yani kızın üzerinden hacrin kaldırılması için hakimin hüküm vermesi gerekmez.

Buna göre Malikîlerin görüşü de cumhurun görüşüne yakındır. Çünkü küçüğün üzerindeki hacrin kaldırılması için hakimin hükmüne, -küçük, hakimin velâyeti altında olmadığı sürece- gerek yoktur. Eğer hakimin velâyeti altında bulunuyor ise, vasisi olan kimsenin vasinin reşid olduğunu açıklamasına gerek olduğu gibi, hakimin de onun reşid olduğunu açıklamasına gerek vardır.

Kısaca, Şafiîlerin dışında kalan cumhura göre, çocuk üzerindeki hacri kaldıran iki şey, velinin küçüğe ticaret yapmak üzere izin vermesi ve çocuğun reşid olarak ergenlik çağına girmiş olmasıdır. Şafiîlere göre ise sadece ergenlik çağına girmiş olması yeterlidir.

b) Eğer küçük reşid olmayarak bülûğa ererse: Bu durumda malları ona teslim edilmez, aksine sefîh olması sebebiyle hacr altına alınır. Bu konuda mezheplerin ittifakı vardır. Çünkü Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Yetimleri nikâh çağına erecekleri zamana kadar deneyin. Şayet onlarda bir reşîdlik görürseniz mallarını onlara teslim ediniz."* (Nisâ, 6)

Ebu Hanîfe şöyle demektedir: [1] Reşid olmayarak ergenlik çağına giren kimsenin üzerindeki hacr yirmibeş yaşına kadar devam eder. Bundan sonra reşîd olmasa dahi malı ona teslim edilir. Çünkü bu yaştan sonra üzerinde hacrin devamı, onun insan olarak haysiyetine dokunur ve bu durum haysiyetini zayıflatır. Çünkü Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Bir de yetimin malına güçleninceye kadar en güzel olandan başka bir suretle yaklaşmayın."* (En'âm, 152) Yirmibeş yaşına gelmiş bir kimse ise gücüne ermiş demektir. Bu yaşta artık o, gücüyle kuvvetiyle çalışabilir. Diğer taraftan onun tasarruftan alıkonulması ona terbiye ve tecrübe kazandırmak içindir. Bu yaştan sonra da çoğunlukla kişi tedip ve terbiye edilemez. O bakımdan tasarruftan alıkonulmasının bir faydası yoktur; malının ona teslim edilmesi gerekir."

Ebu Hanîfe'nin iki talebesi (Ebu Yusuf ve Muhammed) ile diğer imamlar şöyle demektedir: [2] "Eğer çocuk reşid olmaksızın bülûğa ererse, malı ona teslim edilmez; üzerindeki hacr reşid oluncaya kadar devam eder. İsterse altmış yaşına kadar gelsin. Çünkü bundan önceki ayet-i kerimede: *"Şayet onlarda bir reşidlik görürseniz, mallarını onlara teslim ediniz"* denilmektedir. Burada Yüce Allah, yetimlere mallarının verilmesini iki şarta bağlamıştır: Birincisi ergen olmak, ikincisi de reşid olmak. Bu şekilde iki şarta bağlanan hüküm bu iki şart gerçekleşmeden geçerli olmaz. Diğer taraftan Yüce Allah: *"Sefihlere mallarını vermeyin"*. (Nisâ, 5) yani onlara ait mallarını vermeyin, diye buyurmaktadır."

Bülûğ (Ergenlik Çağına) Erişmiş Olmak:

Bülûğ, ya tabiî belirtilerin ortaya çıkması veya yaş ile gerçekleşir. Tabiî belirtilerin sayılması konusunda mezhepler arasında görüş ayrılıkları vardır:

Hanefîlere göre: [3] Erkeğin baliğ olduğu, ihtilâm olması veya menisinin gelmesi ile anlaşılır. İhtilâmdan maksat ise, uykuda veya uyanıkken cima veya başka yolla meninin çıkmasıdır. Bunun bülûğun alâmeti olduğunun delili ise Yüce Allah'ın şu âyetidir: *"Sizden çocuklar baliğ olduklarında daha öncekiler izin istedikleri gibi onlar da girmek izin istesinler."* (Nur, 59) Hz. Peygamber ise şöyle buyurmaktadır: *"Üç kişiden kalem kaldırılmıştır..."* Bunlar arasında da: *"İhtilâm oluncaya kadar da küçükten"* [4] sayılmaktadır. Ebu Davud, Ali b. Ebu Talib'in şöyle

1- *el-Bedâyi',* VII, 170; *Tekmiletu-Fethi'l-Kadir,* VII, 316; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 195; *el-Lübâb,* II, 69.

2- *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 277; *el-Kavâninu'l-Fıkhıyye,* 321; *eş-Şerhu'l-Kebir,* III, 298; *el Mühezzeb,* I, 331; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 166, 170; *el-Muğnî,* IV, 457 vd.; *Keşşafu'l-Kınâ',* III, 440.

3- *el-Bedâyi',* VII, 171; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 107; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 203; *Tekmiletu-Fethi'l Kadir,* VII, 323.

4- Bu hadisi Ahmed, Ebu Dâvud, Nesaî, İbn Mace ve Hakim, Hz. Aişe'den: *"Ve büyüyünceye kadar küçükten..."* lafzı ile, Ahmed, Ebu Dâvud ve Hakim ise Ali ve Ömer'den: *"Ve ergenleşinceye kadar küçükten..."* lafzı ile rivayet etmişlerdir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 161 vd.

dediği rivayet etmektedir: *"Ben Resulullah (a.s.)'ın: "İhtilâmdan sonra yetimlik yoktur" hadisini belledim."*

İhtilâm olmakla ergenlik yaşına gelmek (büluğ) gerçekleştiğine göre, menisinin inmesi ile de gerçekleşir. Önce ihtilâm, adeten suyun inmesinin bir sebebidir. O bakımdan hüküm ona bağlanmıştır. Hamile bırakmak da böyledir. Çünkü âdeten inzal olmaksızın hamilelik gerçekleşmez. Kızın büluğa ermesi ise hayız olması ile bilinir. Çünkü Buharî, Müslim, Ebu Dâvud ve Tirmizî şunu rivayet etmektedir: *"Allah ay başı olduktan sonra hiçbir dişinin namazını baş örtüsüz kabul etmez."* (1) Hamile kalmakla da bülûğ bilinir. Çünkü hamilelik kadının inzal oluşunun delilidir. O bakımdan hamile kaldığından itibaren baliğ olduğuna hükmedilir. Erkek için bülûğun asgari yaşı oniki, dişinin asgari yaşı dokuzdur. Hanefîlerce muhtar olan görüş budur.

Tabiî bir bülûğ olmadığı takdirde, yaş ile bülûğ sabit olur. Buna göre çocuğun erkek veya dişi olsun, on beş yaşına geldi mi, fetvâya esas olan görüşe göre ergenlik yaşına geldiği kabul edilir. Aynı zamanda mürahiklik yaşı da budur.

Ebu Hanîfe şöyle demektedir: Erkek on sekiz yaşını, kız da on yedi yaşını tamamladığı takdirde baliğ olur. Çünkü bu yaş ile artık şeriatın hükmünün bağlandığı ihtilâmın (eğer gerçekleşmemiş ise), artık bundan sonra gerçekleşme ümidi kalmaz.

Mâlikîlerin görüşü de şöyledir: (2) Tabiî bülûğun belirtileri yedidir. Bunlardan beş tanesi her iki tür arasında ortaktır, ikisi de sadece dişiye hastır. Bunlar ay başı olmak ve hamilelik durumudur; mutlak olarak meninin uyurken veya uyanıkken gelmesi, cansız ve zayıf olanların değil, sert etek tüyünün bitmesi, koltuk altının kokması, burun ucunun sertleşmesi, sesin kalınlaşması, erkek ile dişi arasında ortak belirtilerdir. Etek kıllarının bitmesi ile bülûğun gerçekleştiğinin delili Tirmizî'nin Semure'den rivayet ettiği hadis-i şeriftir: *"Peygamber (a.s.) buyurdu ki: Müşriklerin yaşlılarını öldürün ve henüz tüyleri bitmemiş çocuklarını bırakın."*

Şayet sözü geçen hususlardan her hangi birisi ortaya çıkmayacak olursa küçüğün on sekiz yaşını tamamlaması ile büluğu gerçekleşir; on sekiz yaşına girmesi ile baliğ olacağı da söylenmiştir.

Şafiîlerin görüşüne gelince: (3) Onlara göre bülûğ ya kameri on beş yaşını tamamlamakla gerçekleşir veya çıkması mümkün olduğu zamanda erkek ya da dişi-

---

1- İbn Huzeyme, *Sahih*'inde Aişe (r.anha)'den şunu rivayet etmektedir: *"Allah aybaşı olabilecek çağa gelmiş bir kadının namazını baş örtüsüz kabul etmez."* Aybaşı olan kadın ise ergenlik yaşına gelmiş demektir. Hadis-i şerifte geçen *el-Himâr,* kadının başını örten şey demektir. İşte bu, onun mükellefiyetinin başlangıcının delilidir. *Neylü'l-Evtâr,* II, 67.

2- *eş-Şerhü'l-Kebîr,* III, 293.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 166 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 330.

den meninin çıkması ile gerçekleşir. Çıkmasının mümkün olması durumu ise, on dokuz yaşını tamamlamak veya tıraş edilmesi gerekecek miktarda etek çevresinde sert kılların bitmesi ile olur. Koltuk altı kılının ve sakalları bitmesi ise büluğun delili değildir. Çünkü bunların on beş yaşından önce çıkmaları nadirdir.

Kadının ise sözü geçen hususlardan başka aybaşı olmak ve hamile kalmak özellikleri de vardır.

Kısaca, Şafiîlere göre bülûğ, beş şey ile gerçekleşir: Üçünde erkek ve kadın ortaktır: Bunlar meninin gelmesi, etek kıllarının bitmesi ve yaştır. İkisi de kadına âittir: Bunlar da aybaşı ve hamileliktir.

Bülûğ için on beş yaşını sınır kabul etmelerine dair delilleri ise İbn Ömer'in yaptığı şu rivayettir: *"Uhud günü on dört yaşında olduğum sırada Peygamber (a.s.)'e (savaşa girmem için) arzedildim, bana izin vermedi ve benim baliğ olduğumu kabul etmedi. Hendek günü ise on beş yaşında ona takdim edildim, bâliğ olduğumu ve savaşa katılmamı kabul etti."* (1)

Hanbelîlerin görüşü ise (2) tamamıyla Şafiîlerinki gibidir.

Rüşd:

Cumhur (Hanefî, Malikî ve Hanbelîler)'a göre: (3) Fasık dahi olsa kişide malın tasarrufunda, değerlendirilmesinde kâr ve zararı, yani maslahatı gözetebilme kabiliyetinin teşekkül etmesidir. Yani kişide, malın idare edilmesinde, çoğaltılmasında, korunmasında ve ıslah edilmesinde gerekli bilginin bulunması ve güzel kullanılması ile bu kişinin faydalı ve zararlıyı ayırd ederek maslahat olmayan yerde malını harcamaması, savurganlık ve israf ile zayi etmemesi demektir. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Şayet onlarda bir reşidlik görürseniz, mallarını onlara teslim ediniz?"* (Nisâ, 6) İbn Abbas der ki: "Yani mallarında yerinde ve doğru bir tasarruf görürseniz demektir." Malını ıslah eden kişi buna göre reşid olmuş demektir. Onun hacr altına alınması ancak malını korumak maksadı iledir. Hacri etkileyen husus, malın zayi edilmesini veya korunmasını etkileyen husus ne ise odur.

Şafiîlere göre: (4) Rüşd, dinin ve malın salah bulması, kurtulması demektir. Dinin ıslahı, kişinin kendisinden adalet sıfatını düşürecek masiyetleri işlememesi

---

1- *İbni Hibban* rivayet etmiştir. Aslı Buharî ve Müslim'dedir. Ayrıca bu hadis-i şerifi İmam Ahmed b. Hanbel ve *Kütüb-i Sitte* sahipleri de rivayet etmişlerdir. Şafiî de şöyle demektedir: Resulullah (a.s.) Ashab-ı Kirâm'dan on yedi kişiyi geri çevirdi. Onlar o sırada ondört yaşında idiler. Çünkü onların baliğ oldukları görüşünde değildi. Daha sonra on beş yaşında tekrar ona takdim edildiklerinde savaşa katılmalarına izin verdi. Zeyd b. Sabit, Rafi b. Hadîc ve İbn Ömer bunlar arasındadır.

2- *el-Muğnî,* IV, 459-461; *Keşşâfu'l-Kinâ',* III, 432.

3- *el-Bedâyi',* VII, 170; *ed-Dürrü'l-Muhtar,* V,105; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 278; *el-Muğnî,* IV, 467; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 433.

4- Muğni'l-Muhtâc, II, 168, 170; *el-Mühezzeb,* I, 331.

ile olur. Malın ıslahı da malını koruması ve saçıp savurmaması ile mümkündür. Buna göre büyük bir günah yahut küçük bir günahı ısrarla işlemek suretiyle adaleti iptal eden bir haram işlememeli ve masiyetleri de itaatlerinden fazla olmamalı, muamelelerde ve benzeri hususlarda gabn-ı fahiş [1] ile malını zayi etmek veya meselâ denize atmak gibi telef etmek yahut da haram yolda harcamak suretiyle malını saçıp savurmaması gerekir. Küçük çocuk eğer din veya malının salahını koruyamadığı için reşid olmayarak ergenlik çağına girerse, üzerindeki hacr devam eder. Bülûğundan önce malında kim tasarruf ediyor ise, tasarrufa o devam eder.

Şafiîlerdeki daha sahih görüşe göre onun sadaka ve hayır yolları için durumuna yakışmayan yiyecek ve giyecek almak için malını harcaması bir tebzir (savurganlık) sayılmaz.

Veli olan kişi, küçüğü reşid olup olmadığını anlamak için dinî ve malî konularda sınar. Çünkü Yüce Allah: *"Yetimleri sınayınız"* diye buyurmaktadır. Dinde reşîdliğinin sınanması, ibadetlerde, haramlardan sakınmakta, şüphelerden korunmakta, hayırlı kimselerle oturup kalkmaktaki durumunun tespit edilmesi ile gerçekleşir.

Mal konusunda sınanmasında ise, benzerleri göz önünde bulundurulur. Tacirin çocuğu alış-verişte pazarlık ile, yani satan kimseden istediği miktardan daha azını, müşteriden de verdiği miktardan daha fazlasını istemek ile denenir. Çiftçinin çocuğu ziraat ile, bu konuda işçilere yaptığı harcamalar ile; esnafın çocuğu da babasının ve yakınlarının esnaflığı ile ilgili hususlarda denenir. Kadın yün ve pamuk eğirmek gibi şeyleri belleyip korumak, dokumak ve buna benzer şeylerle ilgili hususlarla sınanır.

Bülûğdan önce sınamanın bu gibi işlerde iki veya daha fazla tekrarlamakla olması şarttır. Sınamanın daha sonra yapılabileceği de söylenmiştir.

Hacr Altında Olan (mahcuru'n-aleyh)'ın Velisi:

Velî: Başkasının malında, asıl mal sahibinin geçerli kabul etmesine gerek olmaksızın tasarrufta bulunmak imkânını veren Şer'î yetki ve otoritenin sahibi olan kimse demektir. Mezhep imamları ister küçük ister başkası olsun, hacr altında olanın velisinin malî konularda, var ise babanın olduğu üzerinde ittifak etmişlerdir. Tabiî bu durumda babanın kendisinin de deli ya da hacr altında olmaması gerekir. Ancak baba dışındakilerin veliliği konusunda mezhep imamları arasında görüş ayrılığı vardır.

Hanefîlere göre: [2] Hacr altında olanın malında tasarruf hakkına sahip olaı

1- *Fahiş gabn,* çoğunlukla ihtimal dahilinde görülmeyen aldanmadır. *Yesîr gabn* (basit aldanma) ise. mesela on eden bir şeyi dokuza satmak gibidir. Bu ise bu işlemleri bilmeyen bir kişi olması halinde söz konusudur.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtar,* V, 122; Tebyînu'l-Hakâik, V, 220; *el-Bedâyi',* V, 155.

veli, öncelik sırasıyla küçüğün babası, babanın ölümünden sonra vasisi, vasinin vasisi, dedesi (babasının babası), dedesinin vasisi, o vasinin vasisi, vali, hakim ya da hakimin vasisidir. Bu sıralama şefkat derecesine bağlı kalınarak yapılmıştır. Babanın şefkati diğerlerinin tümünün şefkatinden üstündür. Babanın tayin ettiği vasinin şefkati de dedenin şefkatinden üstündür. Çünkü o kişi, baba tarafından seçilmiş ve vasiliğine razı olunmuştur. Dedenin şefkati ise aradaki akrabalık sebebiyle hakimin şefkatinin üstündedir.

Sözü geçenlerin dışında kalan kardeş veya amca gibi asabeler (baba tarafından akrabalar) ve başkaları, anne ve annenin vasisi gibi kimselerin hacr altında olanın mallarını kontrol altında tutmak yetkileri yoktur. Bunlar kasır (eksik ehliyetli) olana, ticaret izni vermek imkânına sahip değildirler. Velilerin bu şekildeki sıralanışı mal ile ilgili hususlardadır. Evlilik meselelerinde ise velilerin sıralanması başka türlüdür.

Malikîlere göre: (1) Hacr altında bulunan küçük veya bülûğdan sonra sefihliği ortaya çıkmamış (2) olan sefihin velisi, sırasıyla reşid olan baba, sonra onun vasisi, sonra da hakimdir. Şayet hakim yoksa velâyet Müslüman cemaatindir. Malî konularda dedenin, kardeşin veya amcanın velâyeti, babanın vasi tayin etmesi söz konusu olmadıkça sabit olmaz.

Şafiîlere göre: (3) Küçüğün velisi sırasıyla babası, dedesi, sonra da baba veya dededen ölümü sonraya kalanın tayin ettiği vasi, sonra hakim veya onun vekilidir. Çünkü hadis-i şerifte: *"Devlet yöneticisi, velisi olmayanın velisidir."* (4) diye buyurulduğu rivayet edilmektedir. Daha sahih olan görüşe göre mal veya nikâh velâyeti de bulunmayan annenin velâyeti olmadığı gibi, amca ve kardeş gibi diğer asabenin de velâyeti yoktur. Bu görüşe rağmen bana göre, babanın tayin ettiği ve akraba olmayan vasinin şefkatinin dedenin şefkatinden önce geldiğini kabul etmek zordur. Çünkü kan ve akrabalık bağı korumaya, gözetmeye, kasır ehliyetlinin durumlarına dikkat edip özen göstermeye daha itici bir sebeptir.

Hanbelîlere göre: (5) Tamamıyla Malikîler gibi söylerler. Küçüğün ve delinin velâyeti önce babanın, ondan sonra da onun tayin edeceği vasinin, daha sonra da hakimindir. Ancak bülûğundan sonra bir kişi üzerindeki hacr yenilenecek olursa, o takdirde onun üzerindeki velâyet yetkisi hakime aittir. Çünkü bu durumda hacr, hakimin hükmünü gerektirir. Hacrin zevali de onu gerektirir, bu da malının gereği gi-

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 299; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 389 vd.

2- Bülûğdan sonra sefihliği ortaya çıktığı takdirde onun hacir altına alınması babanın değil, hakimin yetkisindedir.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 178; *el-Mühezzeb,* I, 328.

4- Bu hadisi Tirmizî rivayet etmiş ve *hasen* olduğunu belirtmiştir. Hakim de rivayet etmiş olup *sahih* olduğunu belirtmiştir.

5- *el-Muğnî,* IV, 471; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 434.

bi korunup gözetilmesidir.

Kasır Ehliyetlinin Velisinin Tasarrufları:

Fakîhler velinin, kasır (ehliyeti noksan) küçüğün malında maslahat ve zarar vermemek ilkesine göre tasarruf etmesinin vacip (farz) olduğunda ittifak etmişlerdir. Çünkü Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Bir de yetimin malına... En güzel olandan başka bir suretle yaklaşmayın."* (En'am, 152) Bir başka yerde de Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Şayet onlarla bir arada yaşarsanız, onlar sizin kardeşlerinizdir. Allah ıslahta bulunanı da fesat yapanı da bilir."* (Bakara, 220) Aynı şekilde fakihler, zengin olan kimsenin yetimin malından yiyemeyeceği üzerinde de ittifak etmişlerdir. Onların ittifaklarına göre de fakir olan bir kimse, israf yapmaksızın ma'ruf (uygun) bir şekilde yetimin malından yiyebilir. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Kim (hangi veli) zengin ise kendine hakim olarak yetimin malına dokunmasın. Kim de fakir ise ma'rufa göre (uygun bir şekilde) yesin."* (Nisa, 6) Buharî ve Müslim'in Aişe (r.anha)'den rivayetlerine göre, bu ayet-i kerime yetimin velisi fakir olduğu takdirde, onun işlerini görmesine karşılık ma'ruf ile (uygun bir şekilde) yetimin malından yiyebileceği hususunda nazil olmuştur. Rivayet edildiğine göre adamın birisi Resulullah (a.s.)a şöyle sorar:

-"Benim herhangi bir malım yoktur. Yanımda da bir yetim vardır. (Bunun durumu ne olacaktır?) Bunun üzerine Peygamber (a.s.) ona şöyle buyurdu:

-Yetimin malından israf etmeksizin, savurganlık yapmaksızın, mal biriktirmeksizin ve onun malıyla kendi malını korumaya kalkışmaksızın yiyebilirsin."(1)

Maslahatın gerçekleştirilmesi hususunda mezheplerin görüşlerine dair açıklamalar aşağıdaki şekildedir:

Hanefîlere göre: (2) Veli her hangi bir şeyi teberru etmek ve küçüğün malından bir şeye malik olmak imkânına sahip değildir. Çünkü bu katıksız bir zarardır. Velisi olduğu kimsenin malından borç vermez, vasiyette bulunmaz, malından sadaka vermez, hanımını boşamaz. Bir karşılık olmaksızın malından herhangi bir şeyi hibe etmez. Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'a göre ise bir şey karşılığında olsa dahi, hibede bulunamaz. Çünkü bir şey karşılığında hibe, önce hibe iken sonuçta bir muavaza (karşılıklı ivazlı bir işlem) olur. Ancak velinin hibe yapmak imkânı yoktur. Şu kadar var ki; Muhammed'e göre bir şey (ivaz) karşılığında hibe caizdir; çünkü bu bir manada satış demektir.

Ancak hakim, yetimin malını borç olarak verebilir, çünkü bu borç olarak verilenin bir bakıma muhafaza edilmesidir. Veli, küçüğe yapılan hibeyi sadaka ve vasi-

1- Ebu Dâvud, Neseî, Ahmed, İbn Mace, Abdullah b. Ömer'den rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 251.

2- *el-Bedâyi'* V, 153 vd.; *Tekmiletü-Fethi'l-Kadir,* VII, 499 vd.; *Mecmau'd-Damanât,* 408.

yeti kabul edebilir. Çünkü böyle bir tasarruf katıksız bir faydadır. Veli de bu tasarruf imkânına sahiptir. Peygamber (a.s.) de, *"İnsanların en hayırlısı, insanlara en faydalı olan kimsedir."* [1] diye buyurmaktadır.

Veli, kasır (noksan) ehliyetlinin malını -istihsanen- ödünç olarak verebilir, vedîa bırakabilir; kasırın üzerindeki borç mukabilinde rehin verebilir. Çünkü tasarruf ticarete tabi olan hususlardandır; veli de bu gibi hususlara maliktir. Aynı şekilde bizzat velinin kendi borcu karşılığında kasırın malını rehin vermek yetkisi de vardır. Çünkü rehin bırakılan aynî mal, rehin alınan kimsenin (mürtehin) eli altında bulunmaktadır. Şu kadar var ki, telef olduğu takdirde rehin bıraktığı maldan kendi borcundan rehin bıraktığı maldan tahsil edilen miktarın tazminatını verir.

Veli, kasırın malını kıymetinden daha fazlasına satabileceği gibi, her hangi bir şeyi kıymetinden daha aşağısına da satın alabilir. Çünkü bu kasır için katıksız menfaattir. Aynı şekilde mislinin kıymetiyle satabilir ve insanların âdeten aldanabileceği miktarda kıymetinden daha aşağısına da satabilir. Bir şeyi misli kıymeti ile satın alabileceği gibi, âdeten insanların aldanabileceği kadar kıymetinden fazlası ile de satın alabilir.

Kasırın bizzat kendisi ve malını ecr-i misilden fazlasıyla yahut ecr-i misille veya insanların âdeten aldanabileceği miktardan daha aşağı ücret ile çalıştırabilir. Kasır adına her hangi bir şeyi ecr-i misilden daha aşağısına veya ecr-i misil ile ya da insanların adeten aldanabileceği miktar fazlası bir ücretle kiralayabilir. Kasırın kendisini ücretle çalıştırması halinde ise, kasır bülûğa ermiş ise (veli) muhayyerdir. İsterse bu ücreti geçerli kabul edip sürdürür, dilerse zararı bertaraf etmek için iptal edebilir. Ancak malın icaresinde öyle bir seçim hakkı yoktur. Çünkü baba, maslahat sebebiyle bu imkana sahiptir ve onun tasarrufu geçerlidir.

Veli, küçüğün malı ile yolculuğa çıkabilir, onun malını mudarebe şirketi için verebilir, alış-veriş, icare ve isticar için vekâlet verebilir.Çünkü bu gibi tasarruflar ticarete tabi tasarruflardır. Ticaret yapmak imkânına sahip olan herkes, aynı şekilde ticarete tabi olan hususları yapmak imkânına da sahip olur.

Kasırın akarını satmaya gelince: Adil (insanlar arasında yaşayış ve davranışı beğenilen veya durumu kapalı olan) velinin, kıymetinin misli ile veya daha fazlası ile kasırın akarını satması caizdir. Ancak vasinin, bu malı zaruret olmaksızın satması caiz olmaz. Satılacak akardan başka borcunu ödeyecek bir mal varlığı olmaması hâlinde, borcunu ödemek maksadıyla akarın satılması böyle bir zarurete örnektir. Fetvâya esas olan görüş budur. Hakimin geçerli kabul etmesi ile vasinin bu satışı geçerlidir, eğer daha hayırlı görürse hakim, bu satışı red de edebilir.

Babanın ya da dedenin küçüğün malını kendisi için satın alması veya kendisine ait olan bir malı küçüğe satması, kıymetinin misliyle ve âdeten değerinden daha

1- Bu hadisi el-Hudâî, Câbir b. Abdullah'tan rivayet etmiş olup *hasen*'dir.

aşağısına satması caizdir. Ancak fahiş bir ğabn ile böyle bir satış ve satın alma caiz olmaz. Hakim geçerli kabul ederse satış geçerlidir. Küçük için daha hayırlı olduğunu gördüğü takdirde, hakimin satışı bozmak yetkisi de vardır.

İmam Muhammed'e göre vasinin satması veya satın alması caiz değildir. Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'a göre eğer vasinin satışı veya satın alması yetimin faydasına ise caizdir, değilse caiz olmaz. "Faydasına olmak" hali şu şekilde açıklanmıştır: Vasinin küçükten satın aldığı mal, başkasından satın alacağı malın mislinden üçte bir miktardan fazla olmalıdır. Meselâ, küçüğün dışında bir kimseden on liraya satın alabileceği bir malı küçükten on beş liraya satın alması gerekir.

Malikîlere göre: [1] Veli küçüğün malında maslahat esasına göre tasarrufta bulunur. Baba hacr altındaki çocuğunun malını akar olsun, taşınır olsun mutlak olarak satabilir ve hiçbir şekilde bu satışı kovuşturma altında kalmaz, satış sebebini açıklamak zorunda değildir. Çünkü babanın tasarrufu maslahata hamledilir. Aynı şekilde bedel karşılığında hibede bulunmak hakkı da vardır.

Vasinin ise, hacr altında bulunan kimsenin akarını satılmasını gerektirecek bir sebep olmadıkça satmak hakkı yoktur. Eli altında bulunan mahcurun malından ivazı (değeri) karşılığında -zaruret olmadıkça- hibede bulunmak hakkı yoktur. Çünkü hibe edilen şeyin telef olması halinde ancak telef olduğu günkü kıymeti lâzım olur. Bu sebeple, telef edildiği günkü kıymetinin hibe edildiği günkü kıymetinden az olması da mümkündür. Bu ise yetime bir zarardır.

Aynı şekilde hakim de vasi gibi hacr altında olanın malını, nafaka borcunun ödenmesi ve buna benzer bir zaruret dolayısıyla satabilir. Buna göre bu mezhep de ilke olarak Hanefî mezhebi gibidir.

Malikîler kasırın akarının, vasi ve hakim tarafından zaruret dolayısıyla satılmasının caiz olması için on bir sebep zikrederler. Bunlar şunlardır:

a) Nafaka veya borcunun ödenmesinde olduğu gibi, ancak akarının kıymetinden ödenebilecek ve bunu ödeyecek başka bir varlığının olmaması dolayısıyla, bu malın mutlak satılması ihtiyacının bulunması gerekir.

b) Mal sahibinin, bir zalimin ondan gasbederek almasından veya onun gelirine haksız olarak el koymasından korkup bunu reddedebilecek gücü bulunmamalıdır.

c) Semen-i mislinden üçte bir ve daha fazlası ile satmak suretiyle açık bir maslahat olmalıdır.

d) Akar üzerine haksızca bir vergi yükü konulmuş olmalıdır. Bu bakımdan üzerinde herhangi bir vergi bulunmayan bir akarı almak üzere onu öder. Ancak bi-

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 3[illegible]2 vd.; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 390-395.

rincisinin gelirinin daha fazla olması hali bundan müstesnadır.

e) Bir malın mülkü veya gelirinde ortak bulunmalıdır. O takdirde ortaklığın zararından kurtulmak maksadıyla ortaklığı bulunmayan bağımsız bir akar satın almak üzere orayı satar.

f) Geliri az veya hiç olmamalıdır. O durumda daha fazla gelir getireni almak üzere orayı satabilir.

g) Akar dine bağlılıkları zayıf veya ilişkileri kötü komşular ya da zimmî komşular arasında olmalıdır. Bu durumda, salih komşular arasında bulunan bir akar almak maksadıyla orayı satabilir.

h) Paylaştırılması mümkün olmayan ve ortağı hissesini sattığı takdirde ortağı ile birlikte satılacak türden ortak olmalıdır.

ı) Harap olmasından korkmalı ve hacr altında bulunanın bu mal harap olduğu takdirde onu imar edecek gücü bulunmamalıdır.

i) Harap olmasından korkmakla ve onu imar edecek malı olmakla birlikte, bu malın satılması tamir edilmesinden daha kârlı olmalıdır.

j) Evin çevresindeki imar halinin ortadan kalkması dolayısıyla bir yerde tek başına kalmalıdır.

Şafiîlere göre: [1] Kasır ehliyetlinin yani ehiyeti noksan kimsenin velisinin maslahat gereğince tasarrufta bulunması vaciptir. Onun malını telef olma tehlikelerine karşı muhafaza eder, arttırır ve malında onun adına ticaret yapar. Böylelikle nafaka ve buna benzer masraflar onun malını yiyip bitirmemiş olur. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Her kim bir yetime velilik yapar ve o yetimin de malı bulunursa, onun adına malıyla ticaret yapsın ve sadaka (zekât) onu yiyip bitirsin diye öylece bırakıp terketmesin."* [2] Onun adına evini mümkün olduğu takdirde en sağlam malzemelerle inşa eder. Yeterli geliri olduğu takdirde de ona akar satın alır. Çünkü bu akar olduğu gibi kalır ve onun gelirinden istifade eder. Ancak bu durum bir yöneticinin yahut başkalarının zulmünden korkmadığı yahut da akarın harap olmasından çekinmediği hallerde böyledir. Küçüğün ve delinin malı ile - maslahat onunla yolculukta bulunmayı gerektirdiği takdirde ve emniyette zamanında- yolculuk yapabilir; kârlı olsa dahi çabucak bozulabilecek şeyleri onun adına satın almaz.

Ancak iki durumda ona ait olan akarı satabilir. Birincisi, akarın gelirleri nafaka ve giyim masrafı gibi ihtiyaçlarını karşılayamaz, borç verecek kimse bulamaz yahut borçlanmakta bir fayda görmez veya akarın harap olmasından korkarsa. İkincisi, açık bir maslahat sebebi ile olmasıdır. Mesela, ortağın veya bir komşusu o aka-

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 174-176; *el-Mühezzeb,* I, 328-330.
2- Bu hadisi Tirmizî, Abdullah b. Amr b. el-As'tan rivayet etmiştir.

rı değerinden daha fazlası ile satın almak isterse, kendisi de mislinin bir kısmı ile onun gibisini yahut o mislin tümüyle ondan daha iyisini alabilecekse veya haracı gelirlerinin azlığına rağmen ağır olursa yani giderleri ve vergileri çok olursa satabilir.

Bir başka mal karşılığında mübadele ile kasırın malını uygun göreceği bir maslahat sebebiyle vadeli satabilir.Mesela, birincisinde kâr, ikincisinde de uygun bir fazlalık olması hali buna örnektir. O malın talan edilmesinden veya yağmalanmasından korkarsa bunu yapabilir. Şayet vadeli satacak olursa, vacip olarak bu satışa şahit tutar ve onun kıymetini ödeyecek kadar bir şeyi bedel karşılığında rehin alır. Malı sattığı müşterinin güvenilir ve ödeyebilecek güçte ve sürenin örfen kısa olması şartıdır. Burada hacr altında bulunan lehine ihtiyat göz önünde tutulur.Bu şekilde yapmadığı takdirde tazminat öder ve daha sahih olan görüşe göre de satış batıl olur. Kasırın malını vedîa (emanet) olarak bırakmaz, ihtiyaç olmaksızın da onu borç olarak vermez. Çünkü o takdirde mal elinden çıkmış olur. Malın zekâtını vermesi farzdır. Çünkü veli kasırın yerini tutmaktadır. Yemekte ve giymekte gerekli olan hususlarda kasıra, bilinen ölçüler içerisinde, darlık ve ferahlık zamanlarında ona yakışır şekilde harcamada bulunur. Daha az harcayacak olursa, günahkâr olur; israf edecek olursa hem günahkâr olur, hem de tazminatını öder.

Eğer küçük, bülûğdan sonra babasının ve dedesinin aleyhine -akar dahi olsa- kârlı olmadığı halde malının satıldığı iddiasında bulunursa, yemin ile birlikte baba ve dedenin sözü doğru kabul edilir. Çünkü her ikisi de evlâtlarına karşı gerekli şefkate sahip olduklarından dolayı itham altında olmazlar. Şayet bu iddiayı vasi veya hakimin tayin ettiği eminin aleyhine yapacak olursa, bunlar itham altında olabileceklerinden dolayı çocuğun iddiası tasdik edilir. Eğer veli, değerini vererek kasırın malını satın alır ve bu veli baba veya dede olursa bu satış caiz olur. Çünkü bu konuda onlar itham altında değildirler; zira çocukları üzerine şefkatleri eksiksizdir. Başkası ise caiz olmaz. Çünkü Peygamber (a.s.)'in şöyle buyurduğu rivayet edilmiştir: *"Vasi olan kimse yetimin malından bir şey satın almaz."* [1] Çünkü kasırın malını kendisi adına satın aldığı takdirde böyle bir vasinin kendi maslahatını gözetmek ihtimali her zaman vardır.

Hanbelîlere göre: [2] Yaklaşık olarak Şafiîlerin görüşündedirler: Onlara göre küçüğün ve delinin velisi onlar adına- maslahatlarına olması durumu müstesna- mallarında tasarrufta bulunamaz. Çünkü Yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"En güzel yol ile olması hâli müstesnâ yetimin malına yaklaşmayınız?"* (En'âm, 152)

Şayet bir hibe veya sadaka vermek şeklinde teberruda bulunacak olursa veya

1- Taberanî rivayet etmiştir. Senedinde bulunan raviler *sahih* hadis ravileridirler. Bunlar hadisi Sıla b. Züfer'den, o İbn Mes'ud'dan, o da Hz. Peygamber (a.s.)'den rivayet etmektedir. *Mecmau'z-Zevâid,* IV, 214.

2- *Keşş-Kınâ',* III, 435-439.

fazlası ile satın alarak ya da eksiğine satarak karşı tarafa iltimas gösterirse veya onlara lüzumundan fazlası ile harcama yaptığı takdirde, bunların tazminatını öder. Çünkü o bu konuda başkalarının malındaki tasarrufunda olduğu gibi kusurludur. Velinin her ikisine de hakimin izni olmaksızın infakta bulunmak yetkisi vardır.

Velinin, vasinin veya hakimin, küçüğün ve delinin malından kendi adına bir şey satın alması yahut da kendisine ait bir şeyi onlara satması ya da kendi adına onların malından her hangi bir şeyi rehin bırakması sahih değildir. Çünkü böyle bir uygulama halinde o itham altında kalır. Ancak baba bundan müstesnadır. Çünkü bu o konuda çocuğuna karşı yeterli şefkate sahiptir ve çocuğunun maslahatı için çalışır. Bundan dolayı o ancak çocuğunun faydasına olan işi yapar; başkası ise böyle değildir.

Velinin her ikisinin (küçüğün ve delinin) zekâtlarını mallarından ödemesi farzdır. Velinin her hangi bir şekilde aleyhine yapacağı ikrarları sahih değildir. Çünkü bu başkasının aleyhine bir uygulamadır.

Ticaret maksadı ile veya başka bir maksatla güvenilir yerlerde ve emniyetin çoğunlukla söz konusu olduğu yerlerde malları ile yolculuk yapması, velinin yetkileri arasındadır. Çünkü böyle bir şey onların menfaatinedir.

Veli bu mal ile bizzat ticaret yapabilir ve bu konuda onun için ücret söz konusu olmadığı gibi, kârın tümü de velâyet altında bulunana aittir. Çünkü bu, onun malının bir artışıdır. Her ikisinin malı ile ticaret yapmak, onu olduğu gibi bırakmaktan daha iyidir. Çünkü Hz. Ömer ve başkaları şöyle demiştir: *"Zekâtı yiyip bitirmemesi için yetimlerin malları ile ticaret yapınız."* Veli mudarebe ortaklığı ile kârın bir kısmı karşısında ticaret yapmak üzere güvenilir bir kimseye velâyeti altındakinin malını verebilir. Aynı şekilde velâyeti altındakinin malını, o mal ile ticaret yapacak kimseye de verme hakkı vardır, kârın tümü de velâyet altında bulunan kişiye aittir.

Ödeme gücüne sahip bir kimseye velâyet altındakinin malını veresiye satabilir. Bir maslahatları varsa o mallarını borç olarak da verebilir. Meselâ, vadeli olan malın kıymeti eğer peşin satışın kıymetinden fazla ise bunu yapabilir. Bu ise bir yolculuğa çıkmak için duyulan ihtiyaç yahut da malın talan edilmesinden, çapula uğramasından veya benzer bir tehlike ile karşı karşıya kalmasından korkulması halinde böyle olur ve rehinsiz ve keyifsiz olsa dahi bu yolculuğu yapabilir. Eğer mal kaybolur veya rehin ve kefil terkedildiği için de telef olursa, veli bunun tazminatını ödemez; çünkü maksat selâmete kavuşulmasıdır.

Velâyet altında olana ait malı, güvenilir bir kimsenin yanında vedîa (emanet) olarak bırakabilir veya güvenilir ve ödeyebilecek güce sahip bir kimseye (bir mashalat gereği) borç verebilir. Çünkü böyle bir şey, malın daha iyi korunmasını sağlar. Bu durumda telef olacak olursa -onun kusuru olmayacağından- velinin tazminatı

söz konusu değildir. Vasi de, hakim de, kendi adına velâyeti altındakinin malından her hangi bir şey borç almaz. Aynı şekilde ondan kendi adına bir şey satın almaz ve kendisi adına ona bir şey de satamaz. Çünkü böyle bir durumda o itham altında kalır. Babanın ise -önceden de açıklamış olduğumuz gibi- itham olmayacağından, bunları yapması caizdir.

Kıymeti kadar veya daha fazla bir karşılıkla malı hibe edebilir. Karşılıksız iyilik olsun diye yapması sahih değildir; ihtiyaç sebebiyle güvenilir bir kimse yanında da malını rehin bırakabilir.

Veli velâyeti altında bulunanın adına gelir elde edilmesi için akar satın alabileceği gibi, o belde halkının adeti üzere bina etmek hakkına da sahiptir. Velayeti altında bulunan kişiye yazı yazmayı, atıcılığı, edebi ve ona faydalı olacak şeyleri öğretir; velâyeti altındakinin malından da onun adına bunların ücretini öder. Çünkü bunlar velâyet altındakinin faydasına olan şeylerdir. Bir işte çalışmak üzere onu çırak verebileceği gibi, hakimin iznine gerek olmadan maslahat sebebiyle onu tedavi de ettirebilir. Veli bir maslahat için velâyeti altındakine ait olan akarı satabilir. Değerinden fazla bir fiyat elde edemese dahi durum böyledir. Maslahatın türleri ise pek çoktur; bunların bir kısmını şöylece sıralayabiliriz:

Nafakaya, giyime, borç ödemeye ve buna benzer küçüğün veya delinin gerekli harcamaları için ihtiyaç duymak. Eğer satılacak olan şeyin dışında bu ihtiyaçlarını görecek başka malları yoksa, akarın satılmasında maslahat var demektir.

Su altında kalmak, yanmak, harap olmak veya buna benzer şekillerle akarın telef olmasından korkmak.

Kasırın lehine kârlı bir şekilde akarı satmak. Meselâ, değerine göre oldukça fazla bir fiyatla satılması gibi. Üçte bir diye kayıtlanmaz.

Akarın, kendisinden faydalanılamayacak bir yerde bulunması. Meselâ, mamur olmayan bir mahallede veya faydası az yerde bulunması gibi. Bu takdirde sakinleri daha çok veya daha faydalı bir yerde bir akar satın almak üzere onu satabilir.

Velinin, bir şeyin oldukça ucuz bir fiyata satıldığını görmesi ve onun ancak o akarın satılması ile satın alınmasının mümkün olması gibi durumda da velâyeti altında bulunanın malını satabilir.

Akarın, ikamet etmesi halinde çocuğun zarar görecek yerde bulunması. Komşuları kötü olması veya buna benzer hallerde olduğu gibi. Buna benzer maslahatın söz konusu olabileceği ve hasredilemeyecek türden olan durumların hepsinde akar, ancak tespit edilen değeri ile satabilir.

Kasıra Tasarruflarda İzin Vermek:

İzin, sözlükte bildirmek demek olup, *ezan* kelimesi de buradan gelmektedir.

Çünkü ezanla, namaz vaktinin girdiği bildirilmektedir. Yüce Allah da Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyurmaktadır: *"Bu hacc-ı ekber günü Allah ve Resulünden insanlara bir ezandır."* (Tevbe, 3) Yani bir bildirme, bir ilândır. Bir başka yerde de Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Ve insanlar arasında hacca çağır (ezzin)."* (Hacc, 27) Yani, onlara haccı bildir, demektir.

Şer'î bir terim olarak *izin*, ticaret hususundaki hacri ortadan kaldırmak, tasarrufu serbest bırakmak, velinin kasır kimseyi tasarruftan alıkoymak hakkını düşürmek demektir.

Fakihler reşid olup olmadığını anlayabilmek için mümeyyiz olan kimsenin tasarruf bakımından sınanması üzerinde ittifak etmişlerdir. Çünkü Yüce Allah: *"Yetimleri sınayınız"* diye buyurmuştur. Böyle bir kimsenin sınanması, onun benzeri kimselerin yaptığı tasarruflarda bulunmasını sağlayarak denemekle gerçekleşir. Eğer bu kişi ticaretle uğraşan bir kimsenin çocuğu ise alış verişte pazarlık esnasında kârlı çıkıp çıkmaması durumunda sınanır. Şayet ziraat ile uğraşan aileden ise ziraatle, bir esnaf çocuğu ise o meslekteki beceresi ile sınanır. Kadın ise ev işlerine ait yün eğirmek, yemek pişirmek, yemeği muhafaza etmek, evin ihtiyaçlarını satın almak ve buna benzer hususlarla sınanır. (1)

Velinin kasır kimseye ticarette bulunmak için izin vermesi ve iznin tasarruflar üzerindeki etkisi konusunda mezhep alimleri arasında ihtilaf bulunmaktadır:

Şafiîlere göre: (2) Böyle bir kimseye ticaret hususunda izin vermek caiz değildir. Ona mal teslim edilir ve alış verişlerinde pazarlıkta kârlı bir akit yapması konusunda sınanır. Akit yapmak istediği takdirde ise akdi veli yapar. Çünkü kasır ehliyetlinin tasarrufları ve akitleri, tasarrufun yapılmasında maslahatı takdir edebilmek için yeterli tecrübesi bulunmadığından, akitleri batıldır. Dolayısıyla aklının kemâline dâir kanat doğmadığı müddetçe, akıllıların tasarruflarında söz konusu olan hükümler kasır (noksan) ehliyetli hakkında sabit olmaz. Şu kadar var ki, sefih imtihan edilir, denenir, şayet reşid olduğu ortaya çıkarsa akdi yapar; çünkü sefih mükelleftir.

Hanefîlere, mutemet görüşlerine göre Malikîlere tercihe şayan rivayetlerinde Hanbelîlere göre: (3) Malî konularda veli olan bir kimsenin, bu konuda bilgi sahibi olduğunu sezdiği takdirde, kasır ehliyetli kişiye ticaret yapması hususunda izin vermesi caizdir. Bundan maksat, kazanma yolları konusunda onu eğitmektir. Zira Yüce Allah: *"Yetimleri sınayınız"*, yani reşid olup olmadıklarını bilmek için onları deneyiniz, diye buyurmuştur. Bu deneme ise alış-verişlerde tasarruf yetkisini onla-

1- *el-Muğnî*, IV, 468.

2- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 170.

3- *ed-Durru'l-Muhtâr*, V, 108-111; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 203 vd.; *el-Bedâyi*, VII, 194 vd.; *eş Şerhu'l-Kebîr*, III, 294 vd.; *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 384, 396; *el-Muğnî*, IV, 468; *Keşşâfu'l-Kınâ'* III, 445.

ra vermekle gerçekleşir. Diğer taraftan akıl sahibi mümeyyiz kimse hacr altında bulunan bir kimsedir. Velisinin ona izin vermesiyle üzerindeki hacr kalkar ve bu izin sebebiyle de tasarrufu sahih olur. Şayet izinsiz olarak tasarrufta bulunacak olursa Hanbelîlere göre sahih olmaz; Malikîlerle Hanefîlere göre de bu tasarruf nafiz (geçerli) olmaz. Tercihe şayan ve makul görüş bu olup tasarruflar konusunda araştırma yapmanın tabiatına uyan da budur.

Hanefîlerle Malikîlere göre izin "ticaret yapmak üzere sana izin verdim" gibi sözlerle açık olabileceği gibi, delâleten de olabilir. Alış-veriş yaptığını gördüğü halde ses çıkarmamasında olduğu gibi. Çünkü onun ses çıkarmaması, razı olduğunun delilidir. Zira onun susması muteber kabul edilmeyecek olursa, kasır ehliyetli ile muamelelerde bulunacak kimselerin zarar görmesi sonucu ortaya çıkar.

Hanbelîler ve Hanefîlerden İmam Züfer şöyle demektedir: Delâlet ile izin sabit olmaz. Çünkü onun susması hem razı olduğu hem de olmadığı ihtimalini ifade eder.

İznin etkisi: Hanefîlere göre izin, hacrin ortadan kaldırılmasıdır, vekâlet vermek değildir. Bu bakımdan umumi olur. Şayet özel bir tür ile kayıtlayacak olursa, zaman tayini söz konusu olmayacağı gibi, tür ve mekân ile de tahsis edilmiş olmaz. Çünkü bu bir ıskattır, ıskatlarda ise kayıt söz konusu değildir. Dolayısıyla veli, ticaret konusunda izin verdiği takdirde bu, kendisine izin verilmiş (me'zun)'ün fayda ve zarar ihtimali bulunan, bütün tasarrufları hakkında geçerlidir. Böyle bir kimse alış-veriş yapabilir. Ücretli tutabileceği gibi kendisi de ücretle çalışabilir. Ancak hibe, tasadduk, karz veya kefalette bulunmak yetkisi yoktur, çünkü böyle bir tasarruf bir teberrudur, ticaret değildir ve ticaretin gerektirdiği hususlar arasında da yer almaz.

Ebu Hanife'ye göre me'zun olan kimsenin fahiş gabn (adeten çok fazla aldanma)ın bulunduğu tasarruflarda bulunması mümkündür. Çünkü o artık izin ile kamil ehliyetli bir kimse olmuş olur. Kamil ehliyeti olan bir kimsenin ise fahiş gabn ile olsa dahi ticarî konularda tasarrufta bulunmak yetkisi vardır.

Ebu Yusuf ile Muhammed ise; "fahiş gabn ile tasarruf caiz olmaz" demişlerdir. Çünkü gabn sonucu ortaya çıkan fazlalık teberru yerinde kabul edilir. Onun ise teberruda bulunmak imkânı yoktur. Kanaatimce bu görüş daha uygundur. Çünkü böyle bir tasarruf me'zunun zarar görmesine sebep teşkil eder ki onun kendisine zarar getirecek tasarrufta bulunmaya imkânı da yoktur.

Malikîlerin me'zunun tasarruflarının geçerliliği konusundaki görüşleri ise malî muavazalarda söz konusudur, teberrularda söz konusu değildir. Yani bu konuda onlar Hanefîlerin görüşündedirler. Şu kadar var ki, onlar da -Ebu Yusuf ile Muhammed gibi- fahiş gabn ihtiva eden tasarrufları geçerli değildir, derler.

Hanbelîlerin mezhebine göre ise ona verilen izin, vekâlet mesabesindedir.

Hacrin izin ile kalkması, sadece velisinin kendisine izin verdiği hususlarda söz konusu olur. Eğer veli yüz liraya kadar ticarette bulunmak üzere ona izin verecek olursa, mezunun yüz liranın üstündeki tasarrufları sahih olmaz. Eğer belli bir ticaret türü için izin verecek olursa bu izin sadece o tür hakkında geçerlidir. Çünkü hacr altında bulunan kimsenin tasarrufu izin ile caiz olur. Dolayısıyla izin ile hacr kalkar ve izin verdiği kayıtla da bağlı kalır. Fakat mümeyyiz ve benzeri ticaret için izin verilmiş kimseler, mesela, satışta mudarebe yapan bir kimse (me'zun) hem vadeli satabilir, hem de mal karşılığında satış yapabilir. Yani bu durumda vekil gibi değildir. Çünkü bundan maksat mudarebede olduğu gibi, kâr sağlamaktır.

Me'zun olan mümeyyizin ikrarı, velisinin kendisine izin verdiği miktarda sahih olur. Çünkü o miktarda onun üzerindeki hacr kalkmış bulunmaktadır. Ancak kendisine izin verilmiş hususlarda vekâlet vermek yetkisi yoktur.

2- Hacrin delinin tasarruflarındaki etkisi

Deli (mecnun): Aklı zail olmuş kimse demektir. Eğer onun deliliği sürekli ise buna *"mutbik delilik"* adı verilir, şayet kimi zaman aklı gidiyor kimi zaman da geli– yorsa o zaman deliliği "mutakattı= kesik kesik gidip gelen deliklik"tir.

Delilik zamanında deli, mümeyyiz olmayan çocuk gibi olur. O bakımdan şer'an kendisi hakkında sabit olan velâyetleri -meselâ evlilik velâyeti gibi- ya da vasiyette bulunmak ve mahkeme kararı ile sabit olan tefvizleri ondan alınır; İslâm'a girmek, muamelelerde bulunmak gibi din ve dünyaya dair sözleri -kastı olmadığından dolayı- batıl olur.

Sadaka ve hibe gibi teberrularına itibar edilmez, alış-veriş, ikrarlar ve talak gibi bütün akit ve tasarrufları batıl olur. Çünkü ehliyete sahip değildir. Hamile bırakmak, başkasının malını telef etmek gibi fiiller ise muteberdir. Bu durumda çocuk ona nispet edilir, başkasının malına yahut organına karşı işlediği suçu veya yaralamasının tazminatını öder, böyle bir suçun karşılığı olan değeri ödemek durumundadır.

Tam olarak kendisine geldiği ve böyle bir kimsenin aklının mükemmel olduğu, temyiz gücünün eksiksiz bulunduğu vakitlerdeki tasarrufları ise sahih ve geçerli kabul edilir. Şayet kendisine gelmesi tam değil ise, mesela bir kısım şeylere akıl ererken bir kısmına ermez ise o takdirde tasarrufları mümeyyizinki gibi, eğer zarar ve fayda ihtimali olan türden ise, velisinin geçerli kabul etmesine bağlı (mevkuf) olur, zararlı ise batıl, faydalı ise geçerli olur. Bu görüş Hanefîlerle Malikîlere göre böyledir.

3- Ma'tuh'un tasarruflarının hacr altına alınması:

Ma'tuh, anlayışı kıt, doğru dürüst konuşamayan, sözleri birbirine karıştıran, aklı yerinde olmadığı için işleri çekip çeviremeyen, tasarrufları düzensiz olan kimse demektir. Onun bu durumu ister doğuştan olsun ister sonradan meydana gelmiş bir hastalık sebebiyle olsun, değişen bir şey olmaz.

Eğer bu ma'tuhluk oldukça ileri derecede bulunursa ve ma'tuh temyiz gücüne sahip değilse o takdirde deli gibi ve mümeyyiz olmayan küçük gibidir. Bütün tasarrufları batıldır. Fakihler ma'tuhluğu delilik ile birlikte mütalaa etmişlerdir.(1)

Şayet ma'tuhluk hafif ve ma'tuh kişi de mümeyyiz olursa, Hanefîlerle Malikîlere göre zararlı şeyleri batıl, faydalı şeyleri sahihtir. Hem zararlı hem de faydalı olabilen tasarrufları ise velisinin geçerli kabul etmesine bağlıdır. Yani bu durumda o, mümeyyiz küçük gibidir. (2)

4. Sefih olan kimsenin hacr altına alınması:

Sefih üzerinde hacr, mezheplerin ittifakıyla küçüğün ve delinin hacredilmesi gibidir. Hanefî mezhebinde sefihin hacr altına alınması, hem fetvaya esas olan, hem de tercih edilen (muhtar) görüştür.

Sefih ise, malını saçıp savuran, harcanması doğru olmayan yerlere sarfeden hikmete ve şeriate uygun olmayacak şekilde malını tüketen kimsedir. Malikîler (3) sefihliği şöylece açıklamışlardır: Malı şarap, kumar (karşı tarafı yenen kimseye şu muayyen miktar verilecek şeklindeki oyunlar olup icma ile haramdır) veya malını her hangi bir maslahat söz konusu olmaksızın alışılmışın dışında fahiş bir aldanma ile alış veriş muamelelerinde tüketmesi ya da yiyecek, içecek, giyecek, binek ve buna benzer ihtiyaçların temininde onun durumunda olan kimselerin yaptıklarının aksine nefsî arzuları doğrultusunda harcaması veya boşuna telef etmesi -meselâ, malını yere atması veya denize veya buna benzer şekillerde telef etmesi- gibi tasarruflarda bulunmak sefihliktir.

Mezhepler sefihliğin tarifinde ve hükümlerinde farklı görüşlere sahiptirler:

Hanefi mezhebi: (4) *Sefeh* (sefihlik) malın saçılıp savurulması ve hayır yolunda dahi olsa, mesela, malını mescit ve benzeri yerlerin inşaatında harcayıp tüketmesi gibi. Şeriatın ve aklın gereğinin aksine zayi edilmesidir. Saçıp-savurmak (tebzîr) ise nafakada israf gibidir. Maksatsız tasarruflarda bulunması veya dindar akıl sahibi kimselerin maksat kabul etmediği -şarkıcılara malını vermesi gibi- yollarda harcaması, ticaretlerde hoş görülmeyecek türden aldanması birer sefehtir.(5)

1- *el-Bedâyi,* VII, 170; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 191 vd; *Tekmiletu Fethi'l-Kadir,* VII, 310-311; *ed-Durru'l-Muhtâr,* V, 100 vd.; *el-Lübâb,* II, 66 vd.; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 292; *eş-Şerhu's-Sağîr* III, 382, 38; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 165 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 328; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 430. vd.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr*, V, 100; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 311.

3- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 393.

4- *el-Bedâyi',* VII, 169, 171; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddu'l-Muhtâr,* V, 102 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 195 vd.; *Tekmiletu Fethi'l-Kadir,* VII. 310 vd.; *el-Lübâb,* II, 68 vd.

5- Asıl itibariyle tasarruflarda müsamahakârlık, iyilik ve ihsan meşrudur. Şu kadar var ki, yemek ve içmekte olduğu gibi israf haramdır. Yüce Allah: *"Onlar ki infak ettiklerinde israf da etmezler, cimrilik de göstermezler"* (Furkân, 67) buyurmaktadır.

Sefih, aklı hafif olan, maksat ve maslahat olmayan yerlerde malını telef eden kimsedir. Hükmü konusunda ihtilaf edilmiştir. Ebu Hanîfe; "Akıl ve baliğ hür bir kimse sefihlik, borç, fısk ve gaflet dolayısıyla hacr altına alınmaz" demektedir. Ona göre sefih kişi, hacr altına alınmaz, malındaki tasarrufu caiz olarak devam eder. Velev ki o, bu tasarruflarında savurgan ve herhangi bir maksat veya maslahat bulunmayan alanlarda malını tüketmiş olsun. Çünkü onun malı üzerindeki velayetini (yetkisini) ondan almak, insanlığını yok saymaktır, onu hayvanlar seviyesine indirmektir. Bu ise savurganlıktan daha büyük bir zarardır. Daha küçük bir zararı önlemek için daha büyük zarara da katlanılmaz. Yüce Allah ise şöyle buyurmaktadır: *"Yetimlere mallarını verin. Temiz olanı murdar ile değişmeyin."* (Nisa, 2) Burada maksat ise, ergenlik yaşından sonra mallarının onlara verilmesidir. [1]

Ancak çocuk, malını ıslah edebilecek şekilde rüşde sahip olmaksızın baliğ olursa, büluğunun ilk dönemlerinde yirmi beş yaşına gelinceye kadar malı ona teslim edilmez. Ergenlik çağına girdikten sonra ve yirmi beş yaşına gelmeden önce malını tasarruf edecek olursa, ehliyetin bulunması sebebiyle tasarrufu geçerlidir. Yirmi beş yaşına geldiğinde ise malı ona teslim edilir, isterse onun reşid olma hâli görülmesin farkedilmesin. Çünkü onun tasarruftan alıkonulması te'dip içindir. Çoğunlukla bu yaştan sonra kişi terbiye altında tutulamaz. Bu yaşta gayrete gelme ihtimali söz konusudur. O bakımdan onu engellemenin faydası yoktur. Şu kadar var ki, bütün bu görüşler fetvaya esas olan görüşler değildir.

Ebu Yusuf ile Muhammed ise şöyle demektedir: Sefih, borçlu ve mugaffel (çokça aldanan) kimse hacr altına alınır; fasık kişi ise alınmaz. Sefih ile mugaffelin malının korunması ve alacaklıların menfaatine riayet hususunda bu iki imamın görüşlerine göre fetva verilir. Ebu Yusuf ile Muhammed'in ve diğer mezhep imamlarının, sefihin hacr altına alınmasının caiz olduğuna dair delilleri Yüce Allah'ın şu buyruğudur: *"Allah'ın sizi başına diktiği malları sefihlere vermeyin."* (Nisa, 5) Allah bu buyrukta velilerin sefihlere mallarını vermelerini nehyetmektedir. Bu ise onların tasarruftan men edileceklerine delildir. Çünkü onlar için tasarruf mübah olmuş olsa, velilerinin elinde olduğu halde mallarını telef etmek imkanını elde ederler ve bu takdirde mallarının kendilerine verilmesinin de bir faydası olmazdı. Peygamber (a.s.), Taberanî'nin sahih bir isnat ile rivayetine göre: *"Aranızdaki sefihlerin elini tutunuz (tasarruflarına engel olunuz)"* diye buyurmaktadır.

Diğer taraftan sefihin hacr altına alınmasında onun menfaati vardır. Ona gelecek zarar önlenmektedir. Bu da malının korunması ve ihtiyaç ve fakirliğe düşmesini önlemek suretiyle gerçekleşmektedir. Diğer taraftan böyle bir kimse ile ilişkilerde bulunacak insanlara gelebilecek zararları önlemek suretiyle kamu menfaati de gözetilmektedir. Bunun sonucunda kişi, toplumun sırtından geçinecek hâle düşmez. Mallara gelebilecek zararlar da bu uygulama ile önlenmiş olur. Zararın önlen-

---

1- Ancak dikkat edilecek olursa bu ayet-i kerime: *"Mallarınızı sefihlere vermeyiniz"* (Nisâ, 5) ayeti ile kayıtlandırılmıştır.

mesi ise Şer'an vaciptir (farzdır). Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmaktadır: *"Zarar da yoktur, zarara karşılık zarar da yoktur."* (1)

Fetvaya esas olan Ebu Yusuf ile Muhammed'in görüşlerine binaen, hacr altında bulunan sefihin hükmü, alış-veriş gibi feshe ihtimali olan tasarruflarda mümeyyiz küçüğün hükmü gibidir. Sefihin bu gibi tasarrufları başındaki kayyımın bu tasarrufunu geçerli kabul etmesine mevkuf (bağlı)'tur. Hacirden sonra her hangi bir şey satacak olursa, satışı geçerli değildir. Eğer bu satışında bir menfaat varsa hakim bunu geçerli kılar. Feshe ihtimali bulunmayan evlilik ve talâk gibi tasarrufları ise sahih olur. Eğer kişi bir kadın veya dört kadın ile evlenecek olursa, nikâhı caizdir. Çünkü bu, onun aslî ihtiyaçlarındandır ve çünkü hezl (ciddiyetsizlik), bu gibi tasarrufları geçersiz kılmaz. Diğer taraftan nikâhlandığı kadın için mehr-i misil miktarında bir mehir tayin ederse caizdir. Ancak mehr-i misilden fazlasını tayin edecek olursa, bu fazla miktar batıl olur. Çünkü bunu gerektirecek bir zaruret yoktur. Cimadan önce onu boşayacak olursa, tayin edilen mehrin yarısını ödemesi gerekir.

Malının üçte biri miktarında vasiyeti sahihtir. Ancak bu vasiyetin fakirlere infak, mescitlerin inşa edilmesi, hastahane veya okul yapımı gibi hayır yollarında olması şartı aranır. Çünkü vasiyet ancak onun vefatından sonra geçerli olur.

Kendisi aleyhine had ve kısas ikrarında bulunması caizdir. Ancak hacr altına alınmasından sonra kendi aleyhine mal ikrarı sahih olmaz.

Çocuklarının, hanımının ve zevi'l-erhamından olup (zevi'l-erhâm, terekeden belli oranda bir payı olmayan ve terekeden asabe sıfatıyla pay almayan kızların ve kızkardeşlerin çocukları gibi akrabalardır.) üzerine nafakası düşenlerin ve ihtiyaçlarını vermesi vaciptir, malının zekatı da verilir. Çünkü sefihlik insanların haklarını iptal etmez.

Yaptığı ibadetleri sahih olur. Üzerinde farz olan hac da öyledir. Ancak hakim masrafı ona teslim etmez, hacılar arasında güvenilir birisine teslim eder. Kendisi haccın dışındaki yerlerde bu masrafı tüketmesin diye bir kişi, hac yolu boyunca ona masrafı yapar.

Dikkat edilecek olursa, sefih veya borçlunun hacr altına alınması -küçük, deli ve ma'tuh'un aksine- ancak hakimin hüküm ile sabit olur.

Malikî mezhebi: (2) Sefih, malını saçıp savuran kimse demektir. Saçıp savurması ya şehvet ve arzularının uğrunda harcaması suretiyle veya kendi menfaatine

---

1- *Hasen* bir hadis olup İbn Mace, Darekutnî ve başkaları Ebu Saîd el-Hudrî'den *müsned* olarak rivayet etmişlerdir. İmam Malik de bunu *Muvatta*'da *mürsel* olarak Amr b. Yahya'dan, o babasından, o da Peygamber (a.s.)'den rivayet etmiştir. Hadisin, biri ötekini güçlendiren rivayet yolları vardır.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr ve Hâşiyetu'd-Desûkî,* III, 296 vd.; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 387 vd.; ve 393; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 279; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 321.

de ödeme yaptığı iddiasında bulunabilir.

Malının aynını değil de zimmette mal adaması sahihtir. Şayet (aslî veya kaza ya da hacr altına alınmadan önce adanmış) farz bir hac için ihrama girecek olursa, Hanefîlerin söylediği gibi veli, güvenilir bir kimseye yolda ona harcamak üzere yetecek miktar masraf tutarını verir. Şayet hacr esnasında tatavvu olarak bir hac veya umre için ihrama girerse veya hacrden sonra adakta bulunduğu için ihrama girerse ve yolda yapacağı masraflar, ikamet esnasındaki belli masraflarından fazla olursa, veli -malını korumak için- onu bu hac veya umreyi tamamlamaktan men etmek, yahut da onu geri getirtmek hakkına sahiptir. Bu konuda mezhebin kabul ettiği görüşe göre o muhsar (haccını tamamlaması engellenen) kimse gibidir. Bundan dolayı ihramdan çıkar. Zira bu ibadetine devam etmekten alıkonulmuştur. Oruç tutarak ihramdan çıkar, çünkü mal harcaması menedilmiştir. Ancak yolda bir kazanç sağlayabiliyor ve bu kazancı fazla masrafı miktarında ise, bu ibadetini tamamlamaktan menedilmesi caiz değildir. Çünkü asıl mala dokunmaksızın ihramı tamamlaması mümkün olmaktadır.

Hanbelî Mezhebi: [1] *Sefih:* Yerli yerince tasarrufta bulunamayan kimse demektir.

Diğer imamların da söylediği gibi hacr altına alınabilmesi için hakimin hükmü lâzımdır. Aynı şekilde üzerinden hacrin kaldırılması için de hükmün bulunması zarureti vardır. Çünkü hacr, hakimin hükmü ile sabit olmuştur ve ancak onun hükmü ile ortadan kalkar. İflas etmiş borçlunun durumu gibi.

Hakimin hacr altına aldığı kimseyi açıklaması, hacr altına aldığına dair şahit tutması onunla muamelede bulunmaktan kaçınabilmek için müstehaptır. Bu konuda Şafiîlerin görüşündedirler. Artık bundan sonra kim onunla muameleye girişirse kendi malını zarara uğratmış olur.

Sefihin velisi babası, ondan sonra babasının vasisidir; bunların olmaması halinde ise hakimdir. Eğer hacr altına alınmış kişi küçük olursa ve sefihliği sebebiyle hacr devam ettirilirse -bülûğundan sonra üzerindeki hacr yenilenmiş olsa dahi- onun malına hakimden başkası nezaret etmez. Çünkü hacrin kalması, da kaldırılması da hakimin hükmünü gerektirir. Onun malına nezaret etmek de böyledir.

Tasarruflarına gelince: Gerek duyduğu takdirde velisinin izni olsa da olmasa da -Hanefîlerin dediği gibi- nikâh akdi sahihtir. Çünkü bu durumda mutlak bir maslahat söz konusudur. Şu kadar var ki, vereceği mehir, *mehr-i misil* olmalıdır, ondan fazla olamaz. Çünkü *mehr-i misil*'den fazla miktarı bir teberrudur, sefih ise teberruya ehil bir kimse değildir. Şayet sefihin evlenmeye ihtiyacı yoksa velisinin izni olmaksızın evliliği sahih olmaz. Çünkü evlilik akti, malı gerektiren bir tasarruftur. Satın almak gibi velisinin izni olmaksızın sahih olmaz.

1- *el-Muğnî,* IV, 469-475; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 440-443.

Boşaması ise sahihtir. Çünkü boşama malda bir tasarruf değildir. Zevcesi ile hul' yapması da sahihtir. Çünkü kendisi tarafından bir mal ödemeksizin boşama sahih olduğuna göre ona malı getiren hul' yapması öncelikle sahih olmalıdır. Şu kadar var ki, hul' karşılığında alacağı bedel ona verilmez. Görüldüğü gibi bu, fıkhî bakımdan üzerinde ittifak edilmiş bir konudur.

Zihân, îlâsı, liânı, liân ile sefîhden nesebin reddedilmesi ve sefihin kendisinden olma çocuğun nesebini ikrar etmesi de sahihtir.

Diğer fakihlerin de söylediği gibi, vasiyeti de sahihtir. Çünkü vasiyet onun için mutlak bir maslahattır. Zira vasiyet her hangi bir ihtiyacı kalmadıktan sonra malı ile yüce Allah'a bir yakınlaşmadır.

Yine diğer fakihlerin de söylediği gibi bir had veya bir kısas gerektiren zina, hırsızlık, içki içmek, kazf, kasten öldürmek, el kesmek ve buna benzer hususlarda ikrarı da sahihtir.Şayet kısası gerektiren bir şeyi ikrar edecek olursa, lehine ikrar yapılan kişi de mal karşılığında onu affedecek olursa, doğrusu -Şafiîlerin de söylediği gibi- hemen karşılığında affedilen malı ödemesi gerekmez. Çünkü sefih ile lehine ikrar yapılan kişi, af hususunda birbirleriyle anlaşabilirler. O bakımdan bu malın onun üzerinden hacrin kaldırılmasından sonra ödenmesi gerekir.

Sefihin bir borç hatâ veya şibh-i amd (kasta benzer) bir yolla işlenen cinâyet bir malın telef edilmesi, gaspedilmesi ve çalınması gibi borcu gerektiren durumlardaki ikrârları sahih değildir. Hacr halinde ikrarda bulunduğu şey de onun için bağlayıcı olmaz. Çünkü menfaati sebebiyle o hacr altında bulunmaktadır. Fakat Hanbelîlerin sözlerinden açıkça anlaşıldığına göre, üzerinden hacrin kaldırılmasından sonra ikrarda bulunduğu şeyin gereğini yerine getirmesi lâzım olur.

Başkasının malını sahibinin izni olmaksızın zarara uğratmak halinde tazminatın gerektiği konusunda -diğer fakihlerin de söylediği gibi- sefihin hükmü, küçüğün ve delinin hükmü gibidir.

Sefihin hibe ve vakıf gibi teberruları sahih olmaz. Diğer fakihler de aynı görüştedirler. Çünkü teberru, mutlak bir zarardır ve sefihin malını korumak maksadıyla o, teberru yetkisine sahip kabul edilmemiştir. Sefihin ortaklığı, havalesi ve ona havale edilmesi, başkasına kefil olması da sahih değildir. Çünkü söz konusu işlemler, malî birer tasarruftur. Satış ve alış gibi, bunlar da onun tarafından yapılması halinde sahih olmaz.

Velisinin izni olmaksızın satmak ve satın almak gibi tasarrufları sahih olmaz. Yaparsa batıl olur. Çünkü malını korumak maksadıyla o hacr altına alınmıştır. Şayet sefihin velisi ona satmak ve satın almak için izin verecek olursa, acaba onun bu tasarrufları sahih olur mu? Bu konuda iki görüş vardır.

Birincisine göre sahih olur. Çünkü bu, bir ivazlaşma (karşılıklı menfaat) akdidir. Onun izin ile mülk edinilmesi nikâh gibidir. Görüldüğü kadarıyla Hanbelîlerce daha çok tercih edilen görüş budur.

İkincisine göre ise sahih olmaz. Çünkü onun hacr altına alınması savurganlığı ve zararlı tasarrufu sebebiyledir. Velisi ona izin verecek olursa, faydası olmayan bir hususta izin vermiş olacağından sahih olmaz. Bu açıklama şeklinin, Şafiîlerce daha sahih olduğunu öğrenmiş bulunuyoruz.

Sefihin, hanımının, hizmetçisinin ve nafakasını karşılamakla yükümlü olduğu kimselerin nafakası gibi şer'î görevlerini yerine getirmek zorunluluğu vardır. Zekât gibi mala taalluk eden dinî farizaları da yerine getirmesi gerekir. Ancak bizzat kendisi zekâtı dağıtamaz. Diğer malî tasarruflarında olduğu gibi, zekâtı da onun adına velisi dağıtır. Hac, oruç ve namaz gibi her türlü bedenî ibadeti adaması sahih olur. Çünkü o bedeni itibariyle hacr altında değildir. Ancak sadaka ve kurban kesmek gibi malî ibadetleri adaması sahih olmaz, çünkü bu gibi adaklar malî tasarruflardır.

Şayet sefih farz haccı eda etmek üzere ihrama girerse, diğer ibadetlerinde olduğu gibi, bu şekildeki ihramı da sahih olur, onun masrafları güvenilir birisine malından ödenir. Bu güvenilir kişi de geri dönünceye kadar yol boyunca ona harcamada bulunur. Nitekim diğer fakihler de böyle söylemiştir. Eğer nafile için ihrama girer ve yoldaki masrafları ikamet halindeki masrafları gibi olursa veya yoldaki masrafları daha fazla olmakla birlikte sefih bu daha fazla miktarını yolculukta kazanabiliyor ise, velisi onu haccı tamamlamaktan engelleyemez. Çünkü bu işe başlamakla hac onun için farz olmuş olur. Şayet yoldaki masraflar (ikame halindekinden) daha fazla olur ve bu fazla miktarı da bir kazanç yolu ile elde edemiyor ise, velisi, nafile hac için girmiş olduğu bu ihramdan çıkartmak yetkisine sahiptir. Çünkü böyle bir işte sefih için bir zarar vardır. İhramdan çıkar ve on gün orucunu tutar. Durumu parası bulunmayan kimsenin *muhsar* olması halinde olduğu gibidir. Yani bu konuda Şafiîlerin görüşündedirler.

Sefîhin velisinin tasarrufu hüküm itibariyle küçüğün ve delinin tasarrufu gibi olup velâyet altındakinin menfaatini gerçekleştirmek için kayıtlıdır.

Netice olarak, sefihin satmak, satın almak ve buna benzer tasarrufları Hanefîlerle Malikîlere göre velisinin izin vermesine bağlıdır. Şafiîlere göre ise velinin izni ile de olsa batıldır. Hanbelîlere göre de, velinin izni olmazsa batıl, izni olursa racih olan görüşe göre- sahih ve geçerlidir.

5- Mugaffel kimsenin hacr altına alınması:

Mugaffel veya gafil kimse, alış-verişlerde aldatılan, tecrübesinin azlığı ve kalbinin saflığı sebebiyle kâr getirici tasarrufları tespit edemeyen kimse demektir. Sefihten farkı, malını boşuna telef etmemesi, hevâ ve hevesinin peşinden gitmemesi, malını telef etmek maksadını gütmemesidir. Sefih ise bunun tam aksine olup kasdî olarak malını telef etmekte, heva ve hevesinin peşinden gitmektedir. Mugaffel, ma'tuh (bunak) da değildir. Çünkü ma'tuhun sözlerinde karışıklıklar görülür.

Ebu Hanife'ye göre mugaffel kimse, hacr altına alınmaz, Ebu Yusuf ile Mu-

hammed'e göre alınır. Fetva da onların görüşlerine göredir. Diğer fakihlerin görüşü de budur. Bundan maksat ise böyle bir kimsenin menfaatini göz önünde tutmaktır. Tasarruflarının hükmü ise sefihinki gibidir. [1]

Sefih ve Mugaffel'in Hacrlerinin Başlaması ve Sona Ermesi:

İmam Muhammed b. el-Hasan ile Malikî Mezhebi'nden İbnu'l-Kasım [2] şöyle demektedir: Sefih ve mugaffelin hacr altına alınmaları, sefihliğin veya gaflet belirtilerinin ortaya çıktığı zamandan itibaren başlar, bunların ortadan kalkması ile de son bulur. Bu konuda hakimin hacr kararına gerek yoktur. Çünkü müsebbep (sebebin sonucu), sebep ile birlikte var olur ve onunla birlikte ortadan kalkar.

Buna göre sefih ve mugaffel kimsenin, sözü geçen belirtilerinin mücerret ortaya çıkması ile tasarrufları sahih ve geçerli olmaz, hakimin kararının çıkmasından önce dahi hacr altına alınırlar.

Hanefîlerce burada râcih olan Ebu Yusuf ile fakihlerin cumhuru şöyle demektedir: [3] Sefih ve gafil kimsenin hacr altına alınması ve üzerlerindeki hacrın kalkması ancak hakimin kararı ile olur. Çünkü hem sefihlik, hem gaflet, delilik ve bunaklık gibi hissedilir durumlar değildir. Buna sefih veya gafil kimsenin yapmış olduğu tasarruflar delil gösterilir. Bunlar ise değerlendirilmesi ve haklarında ictihat gereken bir takım hususlar olup, bakış açılarına göre farklılık gösterirler. Bundan dolayı meselenin tespiti ve anlaşmazlığın ortadan kaldırılması için, onlarla ilişkide bulunacak kimselerin aldanmalarını ve onlar sebebiyle zarar görmelerini önlemek için hakimin hükmü mutlaka gereklidir. Çünkü insanlar onların gerçek durumlarını ancak hacr altında bulundukları kararı ile bilebilirler.

Sağlamlığı ve kimseyi zarar verip aldatmaması bakımından kanaatimce daha tercihe şayan olan bu görüşe göre, hakimin hükmü ile hacr altına alınmalarından önce sefih ile gafilin tasarruflarının geçerli olması gerekir. Mesela, hakim hacr altına almazdan önce bunların yaptıkları satışlar geçerlidir.

6- Fasığın hacr altına alınması:

Şafiîlerce daha sahih görülen ve dört mezhebin ittifakla kabul ettiğine göre [4] malını saçıp savurmaksızın dahi olsa fasık sırf fıskı sebebiyle hacr altına alınmaz. Mesela sefih, fasıklık etse ve malını saçap savurmasa yani reşid olarak bülûğa erdikten sonra malında yerli yerince tasarrufta bulunuyor ise hacr altına alınmaz.

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 102 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 198 vd; *el-Bedâyi',* VII, 169.

2- *Reddu'l-Muhtâr,* V, 103, 106; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 297 vd.

3- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 321; *Reddü'l-Muhtâr,* V, 105; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 388; *Muğni'l Muhtâc,* II, 170; *el-Muğnî,* IV, 469.

4- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 102; *el-Lübâb ma'a'l-Kitab,* II, 75; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 320; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 292; *Muğnî'l-Muhtâc,* II, 170; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 440.

Çünkü fasık, hem kendisinin hem de çocuklarının velisi olmaya ehil bir kimsedir. Diğer taraftan hacr, israfı ve savurganlığı ortadan kaldırmak için meşru kılınmıştır. Bu durumda olan fasık malını ıslah edici bir kimsedir. Selef de fasıkları hacr altına almış değillerdir.

Bülûğa erdiğinden beri fasık olan (aslî fısk) ile bülûğdan sonraki fısk sahibi arasında hacr altına alınmasının caiz olmaması açısından bir fark söz konusu değildir.

Gaibin Hacr Altına Alınmasına Dair Bir Mülâhaza:

Gaibin hakkında hakimin hükmünün caiz olmaması şeklindeki ilkelerine aykırı olarak Hanefîler [1] gaibin hacr altına alınmasını sahih kabul ederler. Ancak hacr altına alındığı bilinmedikçe hacr altına alınmış olmaz.

7- Kamu menfaati sebebiyle hacr altına almak

Hanefîler açıkça şunu belirtirler: [2] Kamu menfaati için hacr altına almak caizdir. Çünkü bu kamu zararını bertaraf etmek için özel zarara katlanmak demektir. Böylece daha üstün bir zarar, daha aşağı bir zarar ile defedilmektedir. Bu bakımdan cahil doktor, ahlâksız ve lâvbâli müftü ve müflis kiralayıcı hacr altına alınır, yani işlerini icra etmekten engellenir. Mesela insanların ölümüne sebep teşkil edecek ilaçlar veriyor ya da hastalara oldukça ağır zararlı tesiri bulunan bir ilacın zararını ortadan kaldıramıyor ise o doktor cahil demektir.

Ahlâksız ve lâvbâli müftü ise, halka batıl yolları öğreten kimsedir. Mesela kadının kocasından *bain* olması için veya üzerinden zekâtın sakıt olması için kadına irtidadı öğretmek gibi. O bunu yaparken de haramı helal kıldığına, helâlı da haram kıldığına aldırış etmez. Bilmediği ve cahili olduğu meselelerde fetva vermesi de böyledir.

Müflis kiralayıcı (mukârî) ise kiralamayı kabul edip meselâ deve veya araba gibi nakil araçlarını kiraya verme hususunda akit yapan aslında bu araçlara sahip olmayan; bu araçları almak için malı da bulunmadığı halde insanların kendisine güvenip, ücretlerini ona ödedikleri kişidir. Kendisi insanlardan aldığını şahsi ihtiyaçlarına harcar. Taşıma saati gelince ortadan kaybolur ve ona para verenlerin bu malları da zayi olur gider, işleri aksar. Kısacası müflis kiralayıcı, imkanları olmadığı halde taşıma taahhüdünde bulunan kimsedir. Böyle bir kişi hileci ve düzenbaz kişidir.

Bu ve benzeri kimseler hacr altına alınırlar. Çünkü kamu zararını önlemek

---

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V. 106.

2- *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 193; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V. 107 vd.; *el-Bedâyi',* VII, 169; *el-Hidâye-Tekmiletü'l-Feth* ile, VII, 316; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb,* II, 68.

farzdır. Burada her ne kadar şahsi zarar ve hürriyetler ile çatışma söz konusu ise de durum aynıdır. Bu gibi durumlarda hacr altına almak, bu tür kimseleri engellemek ve insanların bu gibi fesatlardan korunmasını sağlamak için uygun bir cezadır. İşte bundan dolayı Ebu Hanife'den gelen rivayete göre o, sadece bu üç kişinin hacr altına alınabileceği kanaatinde imiş. Çünkü cahil doktorun insan sağlığına, ahlâksız müftünün dine, müflis kiralayıcının da mala zararı vardır.

Şu kadar var ki, onların hacr altına alınmalarından maksat hakikaten hacr değildir. Buradaki hacr, tasarrufun geçerliliğini iptal eden şer'î bir engellemedir. Çünkü müftü hacr altına alındıktan sonra fetva verir ve bu fetvası da isabetli olursa caiz olur. Aynı şekilde doktor da ilâçları satacak olursa [günümüzde muayene etmek-çeviren-] bu satışı geçerli olur. Buna göre bundan maksat, onların maddî olarak menedilmeleridir. Yani bu üç kişi, fiilen işlerini yapmaktan alıkonulurlar. Çünkü iş yapmaktan alıkoymak marufu emretmek ve münkerden nehyetmek türünden kabul edilir. Buna sebep cahil doktorun insanlara zarar vermesi, ahlâksız müftünün müslümanların dinlerini bozması, müflis kiralayıcının da insanların mallarını bozup onlara zarar vermesidir.

8- Ölüm hastalığına yakalanmış kimsenin hacr altına alınması

Ölüm hastalığı: Doktorların tespitine göre çoğunlukla ölümün söz konusu olduğu yahut -çoğunlukla meydana gelmese bile- ölüm ile sonuçlanan hastalıktır. Yani bu konuda kabul edilen esas, çoğunlukla görülmese dahi böyle bir hastalıktan çokça insanın ölmüş olmasıdır.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ise (madde 1595) ölüm hastalığını şöyle tarif etmektedir: Erkeğin veya kadının normal işlerini yerine getirmekten acze düştüğü ve başlangıcından itibaren -eğer artmak veya değişmek durumunda değil ise- bir sene geçmeden önce ölüm ile sonuçlanan hastalıktır. Şayet bu hastalık artıyor ise arttığı tarihten veya değişmeye başladığı tarihten itibaren ölüm hastalığı olarak değerlendirilir. Bir seneden fazla bir süre devam etse dahi böyledir. Böyle bir hastalığa yakalanmış kimseye *hasta (marîz)* denilir. Bunun zıddı ise sahîh, yani sağlıklı kimsedir. Bu ise ölüm hastalığı halinde olmayan kişi demektir. Başka bir hastalığı olsa dahi böyledir. Kişinin daha sonra iyileştiği hastalığı sağlık gibi kabul edilir. Yatalak, felç ve veremli kimsenin bu hastalık süresi uzayıp giderse ve onu yatağa düşürmezse, bunun hükmü de sağlıklı kimseninki gibidir.

Buna binaen Malikîler şöyle demektedir: [1] Hasta iki çeşittir: Çoğunlukla ölümünden korkulmayan hasta. Alaca hastalığına tutulmuş, cüzzamlı, gözleri rahatsız ve başka türlü hastalıklara yakalanmış kimseler böyledir ve hiç bir şekilde hacr altına alınmazlar.

1- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, I, 322.

sarf edilmesi lâyık görülmektedir, dolayısıyla bu mal, yok gibidir ve borcu ödendikten sonra neticede malı kalmayacağından dolayı müflis adı verilmiştir. Ya da ancak kendileri vasıtası ile yaşayabileceği fülûs ve buna benzer önemsiz şeyler müstesna, malında tasarruf etmekten engellendiğinden dolayı ona bu isim verilir.[1]

Müflis Borçlu Hacr Altına Alınır mı?

Ebu Hanife'ye göre [2] borç sebebiyle iflas etmiş kimsenin üzerine hacr konulmaz. Çünkü Allah'ın malı gider ve gelir. O bakımdan Ebu Hanife sefîhin hacr altına alınamayacağı görüşünde olduğu gibi, iflas etmiş borçlunun da hacr altına alınamayacağı görüşündedir. Çünkü hacr, onun hem hürriyetini hem insanlığını, hem de ehliyyetini heder etmektir. Bu bakımdan böyle bir durum, borçlu kimsenin karşı karşıya kalacağı özel zarardan daha tehlikelidir. Ondan dolayı iflas etmiş borçlunun tasarrufları geçerlidir. Kendisi istemediği takdirde zorlanarak malı satılamaz. Ancak borcunu ödemesi ona emredilir. Bu emri kabul ederse ona her hangi bir müdahalede bulunmaz. Ödemeyi kabul etmeyecek olursa borçlarını ödeyinceye kadar yahut bizzat kendi malını satıncaya kadar hapsedilir. Onun hapsedilmesinin meşru olmasının sebebi bu zulmü bertaraf etmektir. Çünkü böyle bir kimsenin borcunu ödemesi onun üzerinde bir görevdir. Borcu savsaklaması da bir zulümdür. Şu kadar var ki hakim, kendisi istemeyince onu zorlayarak malını satamaz.Zira bu bir hacr türüdür ve bu da Ebu Hanife'ye göre caiz değildir. Kısaca Ebu Hanife şöyle demektedir: Hakimin müflisi hacr altına almak yetkisi yoktur, malını da satamaz. Fakat onu borcunu ödeyinceye kadar zorlar, hatta hapiste ölünceye kadar hapsedebilir.

Hanefî mezhebinde fetvaya esas alınan görüş Ebu Yusuf ile Muhammed'in görüşüdür. Aynı zamanda bu, fakihlerin cumhurunun da görüşüdür. Bu görüşe göre borçlu müflis, malî tasarruflarında hacr altına alınır. Bundan maksat ise, alacaklıların haklarını ve mallarını zayi olmaktan korumaktır. Bu görüş sahiplerinin delili ise Darekutnî'nin ve el-Hallâl'ın rivayet edip Hâkimin'in isnadını sahih gördüğü, Peygamber (a.s.)'in Muâz'ı hacr altına aldığına ve üzerindeki bir borç sebebiyle malını satıp alacakları arasında taksim ettiğine, bunların her birisine de hakların yedide biri isabet ettiğine, Peygamber (a.s.)'in de bu alacaklılara: "Bundan başka sizin için bir hak yoktur" dediğine dair rivayettir.

Bazı teferruata dair hükümlerde mezhepler arasında görüş ayrılığı vardır. Mesela hacrin hakimin hükmüne bağlı olması ve buna tabi olan diğer hususlar bu farklı teferruata dair hükümler arasındadır.

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 280; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 318; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 261; *Muğni' Muhtâc,* II, 146; *el-Muğnî,* IV, 408; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 405.

2- *el-Hidâye Tekmiletu'l-Feth ile* - VII, 324 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 199; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb* ile- II, 72.

Borçlunun Hacr Altına Alınması İçin Hakimin Hükmü Gerekli midir?

Malikîlere göre: (1) Malının tamamı borçlarını ancak ödeyen müflisin üç durumu vardır:

a) İflasa götürülmesinden (teflisten) önceki durumu. Yani malın elinden alınıp alacaklılara verilmesinden önce söz konusudur. Bu durumda alacaklılar ivazsız olarak malında tasarrufta bulunmaktan onu men etmek hakkına, tasarrufunu da iptal etmek hakkına sahiptirler. Onların alacaklarının vadesinin gelmiş olması ile gelmemiş olması arasında bir fark yoktur. Onlar kendi menfaatlerine zarar verebilecek tasarruflardan onu men ederler. Teberru, hibe, sadaka, vakıf, kefalet, borç vermek, borçtan kaçmak maksadı ile ikrarda bulunduğu ithamı yapılabilecek bir kişinin lehine -çocuğu ve hanımı gibi- borç ikrarında bulunmak gibi tasarrufları engellenir. Böyle bir ithamın sözkonusu olmadığı ikrâr ise muteber kabul edilir. Sözü geçen şeylerin dışında kalan satmak, satın almak gibi bedelli tasarrufları ise geçerlidir.

b) İkinci durumda (2) müflis, hakime götürülmez, alacaklılar borçluyu ararlar, ancak o sürekli olarak onlardan saklanır ve alacaklılarına kendisini bulamaz.. Bu durumda onlar alış -veriş gibi malî tasarrufta bulunmasını ve teberrular yapmasını engelleyebilir, herhangi bir kimseyi kayırması söz konusu olmaksızın dahi kimseden bir şey almak ve vermekten ve evlenmekten onu alıkoyabilirler. Hisselerine göre, yani alacaklarının payları oranında müflisin malını kendi aralarında taksim edebilirler.

c) Borçlarını ödeyemediğinden dolayı hakimin, iflasına yani müflisin malının alınıp alacaklılarına verilmesine dair hüküm vermesi. (3)

Böyle bir durum ancak alacaklıların tümünün veya bir kısmının isteği üzerine gerçekleşir. Borcun vadesinin gelmiş olması gerekir. Vadeli alacakları sebebiyle iflasa götürülmesi sahih değildir. Diğer taraftan borcun malından fazla olması da gereklidir. Hakim onun iflas ettiğini ne zaman hükme bağlarsa, bütün alacaklılar, isteyen de istemeyen de onun malında ortaktır.

Böyle bir durumda iflasa götürülmesinin dört sonucu vardır ve bunlarla hacr altına alındığı manası gerçekleşmiş olur: Teberrularda bulunmaktan engellenmesi, malî bedelli ilişkilerden alıkonulması, birden fazla hanım ile evlenmesinin engellenmesi ve malının alacaklıları arasında taksim edilmesi, vadesi belli olan borcun ödenme zamanının gelmesi. Yani ister ister bedelli, ister bedelsiz bütün tasarruflarında hacr altına alınır; -borcunun vadesi gelmiş veya onun yolculukta bulunduğu sırada vadesi gelecek ise- alacaklıların onu ticaret maksadıyla veya başka maksatla

---

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr ve Hâşiyetu'd-Desûkî,* III, 261-264; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 345-353; *Bidâyetu'l Müctehid,* II, 280 vd.; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 318 vd.

2- Buna genel manasıyla "iflâs" adı verilir.

3- Buna özel manasıyla "iflâs" adı verilir.

üçte birden fazlası reddolunur" şeklindeki ifadeye aykıdır. Kadın, malının tümünü kocasına hibe edebilir. Hiç kimse hibe konusunda ona itiraz edemez. Malının tümünde de ivaz karşılığında tasarrufta bulunabilir.

Bu görüşe delil olan rivayetlerden bazıları şunlardır: *"Bir kadının malından bir bağışta bulunması ancak kocasının izni ile caiz olur. Çünkü nikâhına sahip olan odur."* (1)

Cumhur (Hanefîler, Şafiîler ve tercih edilen görüşlerinde Hanbelîler) şöyle demektedir: (2) Reşid olan kadının, malının tümünde ister ivaz ile ister teberru ile tasarrufta bulunmak hakkı vardır. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Şayet onların reşid olduklarını görürseniz mallarını onlara veriniz."* (Nisâ, 6) Bu ifade onlardan hacrin kaldırılması ve tasarrufta serbest oldukları hususunda gayet açıktır. Diğer taraftan Peygamber (a.s.)'in şöyle buyurduğu sabittir: *"Ey kadınlar topluluğu! Sadaka veriniz, kullandığınız süs eşyasından olsa dahi..."* (3) Bunun üzerine onlar da sadaka vermiş. Hz. Peygamber sadakalarını kabul etmiş, onlara herhangi bir soru sormamış, herhangi bir açıklamada bulunmalarını istememiştir. Bu görüş daha yerindedir. Çünkü İslâm'da kadının malî kişiliği kocanın malî kişiliğinden bağımsızdır. Bu ise kadına mülk edinmek ve tasarruf konusunda eksiksiz bir ehliyet vermiş bulunan Şerîatın övünç noktalarından birisidir.

Kadın Kocasının Malından İzni Olmaksızın Basit Şeyler i Sadaka Verebilir mi?

Bu konuda genel olarak selefin en önemli görüşlerinin ifadesi olan İmam Ahmed'den iki rivayet gelmiş bulunmaktadır. (4)

Birinci rivayet, caiz olduğuna dairdir; en sahih görüş de budur. Mezhepte meşhur ve râcih rivayet olarak kabul edilmiştir. Çünkü Aişe (r.a.) Resulullah (a.s.)'ın şöyle dediğini rivayet etmektedir. *"Her hangi bir fesat söz konusu olmaksızın kadın, kocasının evinden infak ettiğinden dolayı ecir alır, kocası da kazandığı için ecrini alır. Aynı şekilde malın koruyuculuğunu yapanın da bir o kadar ecri vardır. Ve kimisinin ecri de ötekinin ecrinden bir şey eksiltmez."* (5) Hz. Aişe'nin rivayet ettiği bu hadiste *izin*'den söz edilmemektedir. Çünkü âdeten bu gibi şeylere karşı bir gönül rızası vardır. Bu durum açık izin yerinde kabul edilmiştir. Meselâ, misafirlere yemeği getirip önlerine takdim etmek de onun yenilebileceği konusunda

---

1- Buharî, Müslim, Ebu Dâvud ve Neseî, Amr b. Şuayb'dan, o babasından, o da dedesinden rivayet etmiştir. Buna göre Resulullah (a.s.) bir hutbesinde şöyle buyurmuştur: *"Bir kadın kocası tarafından nikâhlandıktan sonra artık onun malından her hangi bir işi caiz olmaz."* İbn Mace de bu konuda başka bir takım rivayetler vardır. *el-Muğnî,* IV, 464; *Neylü'l-Evtâr,* VI, 18.

2- *el-Muğnî,* IV, 464.

3- Tirmizî, Abdullah b. Mes'ud'un hanımı Zeyneb'den rivayet etmiştir. (Hadis no: 635)

4- *el-Muğnî,* IV, 465 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 448 vd.; *Neylü'l-Evtâr,* VI, 16.

5- Ahmed b. Hanbel ve *Kütüb-i Sitte* tarafından rivayet edilmiştir; bu manada üzerinde ittifak edilmiş başka hadis-i şerifler de vardır. *Neylü'l-Evtâr,* VI, 15 vd.

açık izin yerinde kabul edilmiştir. Fakat kocası onu tasadduktan meneder yahut cimri olduğu için razı olup olmayacağından şüphe edecek olursa, o takdirde onun malından herhangi bir sadaka vermesi kadın için haram olur.Tıpkı erkeğe hanımının yiyecek maddelerinden izni olmaksızın sadaka vermesinin haram olduğu gibi. Çünkü bu konuda böyle bir âdet görülegelmiş değildir. Kızkardeş, hizmetçi ve efendisinin malında tasarruf yetkisine sahip köle gibi kadın makamında olanların durumu da hanım gibidir. Bunların da mesela, ev sahibinin evinden bir ekmek gibi bir sadaka vermesi -eğer men etmemiş yahut cimri bir kimse değilse ya da bu konuda örf çelişkili olur ve razı olup olmayacağından şüphe edilmiyor ise- caizdir.

İkinci rivayet ise, caiz olmayacağı şeklindedir. Çünkü Ebu Umame el-Bâhilî'nin şöyle dediği rivayet edilmiştir: Resulullah (a.s.)'ı şöyle buyururken dinledim: *"Kadın kocasının izni olmaksızın evinden bir şey infak etmesin." Ey Allah'ın Rasulü! Yiyecek olsa da mı?" diye sorunca o: "Yiyecek, mallarınızın en değerlisidir" diye buyurdu.* (1) Çünkü bu başkasının malından onun izni olmaksızın yapılan bir teberrudur. Dolayısıyla, bu durumda başkasının teberrusu caiz olmadığı gibi, hanımınki de caiz olmaz.

Hanbelî mezhebine mensup İbn Kudâme şöyle demektedir: "Ancak birincisi daha sahihtir. Çünkü bu rivayete dair hadis-i şerifler, hem özel, hem de sahihtir. Özel (hâs) olan, umumi delile takdim edilir ve onu açıklar. Diğer taraftan umumi lafızdan maksadın bu özel şekli kapsamadığını da bize bildirir. Ayrıca Ebu Umame el-Bâhilî'nin rivayet ettiği hadisi şerif de zayıftır. Kadının başkasına kıyas edilmesi de sahih değildir. Çünkü âdeten kadın kocasının malında tasarrufta bulunur ve bu konuda geniş yetkilere sahip olur. Kocası hazırken de yokken de onun malından tasaddukta bulunabilir. Örfen bulunan bir izin ise hakikaten verilen izin gibi kabul edilir. Dolayısıyla kocası ona: "Bunu yap!" demiş gibidir."

10- Borçlunun Hacr Altına Alınması ve Bunun Etkisi (Teflis= İflasa Götürme):

Teflîs sözlükte müflis hakkında ilanda bulunmak ve onu insanlar arasında iflâs niteliği ile teşhir etmektir. *İflâs* ise, malların en bayağısı olan (fels'in çoğulu olan) *fülûs*'tan alınmadır. Şer'an teflis ise hakimin borçlu olan kimseyi alacaklıların lehine malında tasarruftan alıkoymak veya adamı malından uzak etmek sureti ile müflis olduğuna karar vermesidir..

el-fels, mal yokluğu demektir. Örfte müflis, hiçbir malı olmayan kimse demektir. Istılahta ise, malı borcunu ödemeye kâfi gelmeyen veya ödemesi gereken borçlar elinde bulunan malından daha çok olan kimse demektir. Mal sahibi olsa dahi böyle bir kimseye *müflis* adı verilir. Çünkü onun malının borçlu olduğu yerlere

1- Bu hadisi Saîd b. Mansur *Süneni'nde* rivayet etmiştir. Bu manada başka bir takım hadis-i şerifler daha vardır. Bunlar bir kimsenin malının, gönül rızası bulunmadıkça haram olduğu ve müslümanlar arasında malların ve kanların haram kılındığını ifade etmektedir.

olsunyola çıkmaktan alıkoymak hakları vardır. Aynı şekilde hapse atılmasını da isteyebilirler. Hakim kendisini borçtan kurtarmak için de onu hapsedebilir.

Cumhura göre: [1] Borçlu ancak hakimin hükmü ile hacr altına alınabilir. Dolayısıyla hükümden önceki tasarrufları geçerlidir. Hacr altına alındığı takdirde ise alacaklılara zarar verebilecek bütün tasarrufları engellenir. Bunlar ise hem teberrulardır hem de malî ivazlı tasarruflardır. Ayrıca hacr halinde borç ikrarından da men edilir. Hakim onun malını satar ve bu malın bedeli alacaklılar arasında pay edilir.

Hanefîlerde fetvaya esas olan İmam Ebu Yusuf ile İmam Muhammed'in görüşüne göre borçlunun hacr altına alınabilmesi için iki şart öngörülmüştür: Bütün malının ancak borcunu ödeyecek kadar veya daha az olması ve alacaklıların hacr altına alınmasını istemeleri.

Müflis kimsenin mehr-i misil ile evlenmesi, boşaması, hanımı ile hul yapması, ona rücû etmesi, kısas uygulanmasını istemesi, bedelsiz dahi olsa kısası ıskat etmesi sahihtir. Hacr altına alınmadan önce satın almış olduğu bir malı kusur sebebiyle veya ikâle yolu ile -eğer onu iade etmekte menfaat varsa- iade edebilir. Şafiîlerdeki daha sahih olan görüşe göre hacr, borçlunun hacr altına alınmasından sonra avlanmak, hibe, vasiyet, bedeli daha sonra ödenmek üzere satın aldığı şeylere de sirayet eder. Daha sonra ödenmek üzere satın alınmasının caiz olması ise Şafiîlerdeki râcih görüşe göre geçerlidir. Hacrin bu tür mülk edinmelere de sirayet etmesinin sebebi, hacrden maksadın hakların sahiplerine ulaşmasıdır. Bu ise, hacr esnasında fiilen var olan mala has bir şey değildir.

Borçlu kimseye kendi malından hanımına, küçük çocuklarına ve bakmakla yükümlü olduğu akrabalarına masraf yapılır, masrafları karşılanır. Çünkü onun kendi aslî ihtiyaçları alacaklıların hakkından önce gelir.

Borçlu ile Sefihin Hacri Arasındaki Fark:

Hanefîler [2] borç sebebiyle hacr ve sefihlik sebebiyle hacr arasında değişik açılardan fark görmüşlerdir:

1- Sefihin hacr altına alınması bizzat kendisinde bulunan bir husus iledir. Bu ise onun kötü tercihleridir; alacaklıların haklı sebebiyle değildir. Borç sebebiyle hacr ise, alacaklıların maslahatı için konulur. Bununla birlikte her iki hacr türünde de hakimin hükmüne ihtiyaç vardır.

2- Borç sebebiyle hacr altına alınmış kişi, hacr esnasında bir ikrarda bulunа-

1- *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 199; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 103; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb ile-,* II, 73. *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr,* VII, 327 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 147-149; *el-Mühezzeb,* I, 320; *el Muğnî,* IV, 409, 471; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 407 ve 411.

2- *Reddü'l-Muhtâr,* V, 103; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 106.

cak olursa -daha sonra elde edeceği maldan dahi olsa- hacrin kalkmasından sonra bu ikrârı geçerli olur. Sefihlik sebebiyle hacr altına alınmış olanın borç ikrarı ise, hem hacr halinde hem hacrden sonra hem mevcut olan malında hem daha sonra elde edeceği malda caiz olmaz.

Aradaki bu iki fark, aynı şekilde Şafiîler, Hanbelîler ve Malikîler tarafından da kabul edilmiştir.

İflâs dolayısıyla hacr, hastalık dolayısıyla hacrden daha kuvvetlidir. Bunun delili ise şudur: Hasta, ölüm hastalığında malının üçte birinde tasarruf eder ve mirasçıların hakları onun malına ancak vefatından sonra taalluk edebilir. İflâs dolayısıyla hacrde ise alacaklıların hakları borçlunun malında derhal taalluk eder. İflasta durum tıpkı rehin edilmiş malda olduğu gibidir. [1]

Müflis Borçlunun Yolculuk Yapması:

Böyle bir borçlunun yolculuğa çıkması hususunda fakihlerin birbirine yakın iki görüşü vardır:

Hanefî ve Şafiîlere göre: [2] Alacaklıların borçlu olan kimseyi borçlarının vadesi gelmeden önce yolculuktan alıkoymak hakları yoktur. Söz konusu bu borç vadesinin yakın olması ile uzak olması arasında bir fark yoktur. Çünkü vade gelmeden önce onların alacaklarını istemek hakları yoktur. Şayet vade gelmiş ise onu borcunu ödeyinceye kadar yolculuğuna devam etmekten engellemek hakları vardır.

Malikîlere göre: [3] Borcun vadesi gelmiş veya o yok iken gelecek ise, alacaklı kişi borçlusunu ticaret veya bir başka maksat ile kendi borcunu ödeyecek bir kimseyi vekil tayin etmemiş yahut da varlıklı biri tarafından borcu ödemek garantilenmemiş ise -mutlak olarak borç, borçlunun malının tümünü kapatmamış bile olsa yolculuğa çıkmaktan alıkoyabilir.

Şayet bu borç vadeli olursa ya da yolculuk esnasında vadesi gelmeyecek ise, alacaklı kimsenin onu yolculuktan alıkoymak hakkı yoktur.

Hanbelîlere göre: [4] Şu hususta Malikîler ile ittifak halindedirler: Alacaklı kişi namazın kısaltılabileceği mesafeden daha uzak bir yolculuğa çıkacak ise ve onun yolculuktan dönüşünden önce borcun vadesi gelecek ise borçluyu yolculuktan alıkoyabilir. Ancak eğer borcun vadesi ancak yolculuktan döndükten sonra geliyor ise alıkoyamaz. Hanbelîler şunu da söylerler: Şayet onun bu yolculuğu cihat için ise, bir kefil veya bir rehin almadıkça onu men edebilir. Çünkü böyle bir yolculukta şehit olma ihtimali vardır ve vefat edebilir. Dolayısıyla alacaklının hakkının

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 148; *el-Mühezzeb,* I, 321.
2- *el-Bedâyi',* VII, 173; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 329; *el-Lübâb,* II, 74; *el-Mühezzeb,* I, 319 *Muğni'l-Muhtâc,* II, 107.
3- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 262; *eş-Şerhu's-Sağîr,* I, 348.
4- *el-Muğnî,* IV, 455; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 405 vd.

kaybolmayacağından emin olunamaz.

Netice olarak, Hanefî ve Şafiîlere ait olan birinci görüşe göre, alacaklı kimse, borç vadeli ise, borçluyu yolculuğa çıkmaktan alıkoyamayacağı gibi kefil de isteyemez. Borcun vadesinin dönüşten önce veya sonra gelmesi arasında da bir fark olmadığı gibi, bu yolculuğun cihat için yapılması ile başka bir maksatla yapılması arasında da fark yoktur. Çünkü vadesi gelmedikçe alacaklı alacağını isteyemez. Buna göre onu yolculuğa çıkmaktan engellemek imkânına sahip olmadığı gibi, tıpkı emniyetli ve kısa yolculuğa çıkmak halinde olduğu gibi kefil de isteyemez. Şayet borcun vadesi gelmiş ise o takdirde borçlunun yolculuğa çıkmasını önleyebilir.

Bu görüşe göre, Malikî ve Hanbelîlere göre: Alacaklının hakkını korumakta iş daha sıkı tutulmaktadır. Şayet borcun vadesi yolculuktan dönüşünden önce gelecek ise alacaklı borçluyu engelleyebilir. Çünkü böyle bir yolculukta alacağı vadesinde tahsil etmeye imkân olmaz.Buna göre kefil veya rehin ile işi sağlamlaştırılmadığı takdirde -hakkın vadesinin gelişinden sonraki yolculukta olduğu gibi- onu yola çıkmaktan alıkoyabilir.

Müflisin Hacr Altına Alınmasının Etkisi veya Hacrinin Hükümleri:

Böyle bir hacrin bir takım etkileri veya hükümleri vardır:

1- Alacaklıların hakkının borçlunun malına taalluk etmesi ve borçluyu malında tasarruf etmekten alıkoyabilmeleri: (1)

İnsanların durumunu bilmeleri, onunla muamelelere girişmekten sakınmaları ve ancak durumu bildikten sonra onunla muamelede bulunmaları için hakimin müflis kimsenin hacr altına alındığına dair şahit bulundurması müstehaptır. (2) Hakim, müflisi hacr altına aldığı takdirde rehinde olduğu gibi alacaklıların hakları müflisin malına taalluk eder. Dolayısıyla müflisin onlara zarar verecek şekildeki tasarrufu geçerli değildir. Çünkü alacaklılara zarar olmamalıdır. O bakımdan hibe ve sadaka gibi teberruları batıl olduğu gibi, fakihlerin ittifakı ile iflastan sonra kesinlikle ikrarı da kabul edilmez. Ancak Malikîler şöyle demektedir: Bu konuda itham söz konusu olmayacak, meselâ yabancı bir kimsenin lehine müflisin ikrarı kabul edilir, fakat oğul, kardeş ve hanım gibi itham sebebi olabilecek kimseler lehine yaptığı ikrarı kabul edilmez. Onun ikrarının kabulü ise iflasının ilan edildiği mecliste olur veya alacaklıların yanına geldiği sırada olur yahut buna yakın bir meclisle gerçekleşir. Hanbelîlere göre ve Şafiîlerde ezhar olan görüşe göre onun malî bedellerden olan alış-verişi ve buna benzer tasarrufları da batıl olur. Çünkü rehin alınmış malda olduğu gibi, alacaklıların hakkı bizzat onun malına taalluk etmektedir. Diğer

---

1- *Reddu'l-Muhtâr,* V, 105; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr,* VII, 328; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* II, 265; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 352, 355; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 318 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 147; *el-Mühezzeb,* I 321; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 411; *el-Muğnî,* IV, 409, 471; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 411.

2- *el-Mühezzeb,* I, 321; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 148; *el-Muğnî,* IV, 440; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 411.

taraftan o, hakimin hükmü ile hacr altında bulunmaktadır. O halde satış veya buna benzer hacrden gözetilen maksada aykırı olan malî tasarrufları sahih olmaz.

Hanefîler de şöyle demektedir: Semen-i misil ile veya benzer değer ile satması sahihtir. Şayet bu satışından gabn (aldanma) var ise alacaklıların geçerli kabul etmesine bağlı olarak bu satış sahih olur. Böylelikle onların hacr altına alınmış müflisin tasarruftan alıkonulmasını semen-i misilden daha aşağıya satmak manasına anlamış olduklarını görürüz.

Malikîler de şöyle demektedir: Şayet malî tasarruf olacak olursa, batıl olmaz; ancak hakimin ve alacaklıların görüşüne bağlı kabul edilir.

2- Hanefîlere ve Malikilerin meşhur görüşüne göre [1] *alacaklının ölmesi halinde borçların vadesi gelmesi gibi vadeli borçlarının da hemen vadesinin gelmesi.* Çünkü her iki durumda da zimmet yok olmaktadır. Bu durum Malikîlerin görüşüne göre alacaklı kimse ölüm ile hacr halinde borç vadesinin gelmemesini şart koşmamış ve alacaklı kimsenin borçlusunu kasten öldürmemiş ise söz konusu olur. Bunlar söz konusu ise (hacr ve ölüm sebebiyle) borcun vadesi gelmiş kabul edilmez.

Azhar görüşlerinde Şafiîler ile iki rivayetten ercah olan görüşlerinde Hanbelîler şöyle demektedirler: [2] İflâs ile vadeli borcun vadesi gelmiş olmaz. Çünkü tayin edilen vade, müflisin lehine maksat olarak gözetilmiş bir haktır. Diğer haklarında olduğu gibi iflası ile bu hak da sabit olmaz. İflasın ölümden farkı da şudur: Ölenin zimmeti artık ortadan kalkmış ve batıl olmuştur. Buna göre vadeli alacak sahipleri vadesi gelmiş alacaklılar ile ortak olmazlar. Aksine mevcut olan mal, vadesi gelmiş alacak sahipleri arasında paylaştırılır, vadesi gelmemiş olan borç da vadesi gelinceye kadar zimmette kalır. Şayet alacaklılar borçların vadesi gelinceye kadar mal paylaştırılmamış ise o takdirde iflas eden kimsenin işlediği bir cinayet sebebiyle yeni bir borcu meydana gelmesi gibi diğer alacaklılarla ortak olurlar.

3- Borçlu kimsenin mülâzemeti (takip edilmesi) ve ihtiyaten hapsedilmesi:

Borçlunun mülâzemetinin cevazında fakihler ihtilaf etmiş olmakla birlikte muayyen şartlarla hakimin hükmü ile hapsedilmesinin caiz olduğunda ittifak etmişlerdir.

a) Mülâzemet: Ebu Hanife ve iki talebesi Ebu Yusuf ile Muhammed şöyle demektedir: [3] Alacaklıların borçluya mülâzemette bulunmak hakları vardır. Nereye giderse onunla gidebilirler. Evine döndüğü takdirde ve girmelerine de izin verecek

1- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 352; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 318; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 282; *eş-Şerhu'l Kebîr,* III, 265 vd.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 147; *el-Muğnî,* IV, 435.
3- *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 200; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr,* VII, 329 vd.; *el-Bedâyi',* VII, 173.

kaybolmayacağından emin olunamaz.

Netice olarak, Hanefî ve Şafiîlere ait olan birinci görüşe göre, alacaklı kimse, borç vadeli ise, borçluyu yolculuğa çıkmaktan alıkoyamayacağı gibi kefil de isteyemez. Borcun vadesinin dönüşten önce veya sonra gelmesi arasında da bir fark olmadığı gibi, bu yolculuğun cihat için yapılması ile başka bir maksatla yapılması arasında da fark yoktur. Çünkü vadesi gelmedikçe alacaklı alacağını isteyemez. Buna göre onu yolculuğa çıkmaktan engellemek imkânına sahip olmadığı gibi, tıpkı emniyetli ve kısa yolculuğa çıkmak halinde olduğu gibi kefil de isteyemez. Şayet borcun vadesi gelmiş ise o takdirde borçlunun yolculuğa çıkmasını önleyebilir.

Bu görüşe göre, Malikî ve Hanbelîlere göre: Alacaklının hakkını korumakta iş daha sıkı tutulmaktadır. Şayet borcun vadesi yolculuktan dönüşünden önce gelecek ise alacaklı borçluyu engelleyebilir. Çünkü böyle bir yolculukta alacağı vadesinde tahsil etmeye imkân olmaz.Buna göre kefil veya rehin ile işi sağlamlaştırılmadığı takdirde -hakkın vadesinin gelişinden sonraki yolculukta olduğu gibi- onu yola çıkmaktan alıkoyabilir.

Müflisin Hacr Altına Alınmasının Etkisi veya Hacrinin Hükümleri:

Böyle bir hacrin bir takım etkileri veya hükümleri vardır:

1- Alacaklıların hakkının borçlunun malına taalluk etmesi ve borçluyu malında tasarruf etmekten alıkoyabilmeleri: [1]

İnsanların durumunu bilmeleri, onunla muamelelere girişmekten sakınmaları ve ancak durumu bildikten sonra onunla muamelede bulunmaları için hakimin müflis kimsenin hacr altına alındığına dair şahıt bulundurması müstehaptır. [2] Hakim, müflisi hacr altına aldığı takdirde rehinde olduğu gibi alacaklıların hakları müflisin malına taalluk eder. Dolayısıyla müflisin onlara zarar verecek şekildeki tasarrufu geçerli değildir. Çünkü alacaklılara zarar olmamalıdır. O bakımdan hibe ve sadaka gibi teberruları batıl olduğu gibi, fakihlerin ittifakı ile iflastan sonra kesinlikle ikrarı da kabul edilmez. Ancak Malikîler şöyle demektedir: Bu konuda itham söz konusu olmayacak, meselâ yabancı bir kimsenin lehine müflisin ikrarı kabul edilir, fakat oğul, kardeş ve hanım gibi itham sebebi olabilecek kimseler lehine yaptığı ikrarı kabul edilmez. Onun ikrarının kabulü ise iflasının ilan edildiği mecliste olur veya alacaklıların yanına geldiği sırada olur yahut buna yakın bir mecliste gerçekleşir. Hanbelîlere göre ve Şafiîlerde ezhar olan görüşe göre onun malî bedellerden olan alış-verişi ve buna benzer tasarrufları da batıl olur. Çünkü rehin alınmış malda olduğu gibi, alacaklıların hakkı bizzat onun malına taalluk etmektedir. Diğer

1- *Reddu'l-Muhtâr,* V, 105; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr,* VII, 328; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* II, 265; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 352, 355; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 318 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 147; *el-Mühezzeb,* I 321; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 411; *el-Muğnî,* IV, 409, 471; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 411.

2- *el-Mühezzeb,* I, 321; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 148; *el-Muğnî,* IV, 440; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 411.

taraftan o, hakimin hükmü ile hacr altında bulunmaktadır. O halde satış veya buna benzer hacrden gözetilen maksada aykırı olan malî tasarrufları sahih olmaz.

Hanefîler de şöyle demektedir: Semen-i misil ile veya benzer değer ile satması sahihtir. Şayet bu satışından gabn (aldanma) var ise alacaklıların geçerli kabul etmesine bağlı olarak bu satış sahih olur. Böylelikle onların hacr altına alınmış müflisin tasarruftan alıkonulmasını semen-i misilden daha aşağıya satmak manasına anlamış olduklarını görürüz.

Malikîler de şöyle demektedir: Şayet malî tasarruf olacak olursa, batıl olmaz; ancak hakimin ve alacaklıların görüşüne bağlı kabul edilir.

2- Hanefîlere ve Malikilerin meşhur görüşüne göre [1] *alacaklının ölmesi halinde borçların vadesi gelmesi gibi vadeli borçlarının da hemen vadesinin gelmesi.* Çünkü her iki durumda da zimmet yok olmaktadır. Bu durum Malikîlerin görüşüne göre alacaklı kimse ölüm ile hacr halinde borç vadesinin gelmemesini şart koşmamış ve alacaklı kimsenin borçlusunu kasten öldürmemiş ise söz konusu olur. Bunlar söz konusu ise (hacr ve ölüm sebebiyle) borcun vadesi gelmiş kabul edilmez.

Azhar görüşlerinde Şafiîler ile iki rivayetten ercah olan görüşlerinde Hanbelîler şöyle demektedirler: [2] İflâs ile vadeli borcun vadesi gelmiş olmaz. Çünkü tayin edilen vade, müflisin lehine maksat olarak gözetilmiş bir haktır. Diğer haklarında olduğu gibi iflası ile bu hak da sabit olmaz. İflasın ölümden farkı da şudur: Ölenin zimmeti artık ortadan kalkmış ve batıl olmuştur. Buna göre vadeli alacak sahipleri vadesi gelmiş alacaklılar ile ortak olmazlar. Aksine mevcut olan mal, vadesi gelmiş alacak sahipleri arasında paylaştırılır, vadesi gelmemiş olan borç da vadesi gelinceye kadar zimmette kalır. Şayet alacaklılar borçların vadesi gelinceye kadar mal paylaştırılmamış ise o takdirde iflas eden kimsenin işlediği bir cinayet sebebiyle yeni bir borcu meydana gelmesi gibi diğer alacaklılarla ortak olurlar.

3- Borçlu kimsenin mülâzemeti (takip edilmesi) ve ihtiyaten hapsedilmesi:

Borçlunun mülâzemetinin cevazında fakihler ihtilaf etmiş olmakla birlikte muayyen şartlarla hakimin hükmü ile hapsedilmesinin caiz olduğunda ittifak etmişlerdir.

a) Mülâzemet: Ebu Hanife ve iki talebesi Ebu Yusuf ile Muhammed şöyle demektedir: [3] Alacaklıların borçluya mülâzemette bulunmak hakları vardır. Nereye giderse onunla gidebilirler. Evine döndüğü takdirde ve girmelerine de izin verecek

1- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 352; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 318; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 282; *eş-Şerhu'l Kebîr,* III, 265 vd.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 147; *el-Muğnî,* IV, 435.

3- *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 200; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr,* VII, 329 vd.; *el-Bedâyi',* VII, 173.

olursa, onunla birlikte evine dahi girerler. İzin vermezse çıktıktan sonra onun yakasını bırakmamak için kapısında onu bekleyebilirler. Şu kadar var ki onunla mülâzemetleri esnasında malında tasarruftan, kazanmaktan ve yolculuk yapmaktan onu engelleyemezler, özel bir yerde onu alıkoyamazlar. Çünkü bu bir hapistir. Fakat sadece onunla birlikte dolaşırlar, o da dilediği yere gidip dolaşabilir. Çünkü bu yol ile alacaklı kimse, borçlusunu borcunu ödemeye mecbur bırakabilir. Diğer taraftan Hz. Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Hak sahibinin elini ve dilini kullanmak yetkisi vardır."* (1) Burada *el* 'den kasıt mülâzemet, *dil* 'den kasıt ise borcun ödenmesini istemektir. Şu kadar var ki, yabancı kimseler ile halvette kalma durumuna düşürmemek için borçlu kadına mülâzemet edilmez.

Züfer, Malikî, Şafiî ve Hanbelîler de şöyle demektedirler: (2) Hakimin yanında borçlunun ödemekte zorluk çektiği sabit olursa, hiçbir kimsenin ondan borcunu istemek ve ona mülâzemet etmek hakkı olmaz. Aksine borcunu ödeyebilecek zamana kadar ona mühlet verilir. Çünkü ödemekte zorluk çektiği sabit olduğu takdirde kolaylıkla ödeyebileceği zamana kadar tıpkı borcun vadeli olması halinde olduğu gibi mühlet verilmek hakkına sahip olur. Zira yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"Şayet ödemede zorluk çeken birisi ise kolaylıkla ödeyebileceği bir zamana kadar ona mühlet verilir."* (Bakara, 280) Hz. Peygamber'in: *"Hak sahibinin..."* şeklindeki hadisi hakkında da -İbnü'l-Münzir'in dediği gibi- tenkitler yapılmıştır. Veya bu hadis-i şerif ödeme gücü olan kimse ile ilgili olarak kabul edilir. Çünkü Peygamber (a.s.)'in satın aldığı meyvelerde zarar eden ve bundan dolayı da çokça borç altına giren bir kimsenin alacaklılarına: *"Bulduğunuzu alınız, bundan başka da almayı hak ettiğiniz bir şey yoktur"* dediği sabit olmuştur. (3) Daha tercihe sayan olan görüş de budur.

b) Borçlunun hapsedilmesi: Şer'an tespit edilen husus şudur: Borçlu olan kimsenin ödeyebilecek durumu varsa borçlarını ödemesi gerekir. Şayet ödemekte zorluk çeken bir kimse ise, kolaylık tanımayı emreden buyruk vardır, gereğince amel etmek üzere kolaylıkla ödeyebileceği zamana kadar ona mühlet verilir. Şayet borcunu ödeyebilecek kadar malı olduğu halde ödemeyi savsaklıyorsa hakim onu hapsedebilir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Ödeyebilecek gücü olan kimsenin ödemeyi savsaklaması bir zulümdür. Böyle bir kimsenin şikayet*

1- Bu hadisi bu lafızla İbn Adiyy, *el-Kâmil*'de Ebu Utbe el-Havlânî'den rivayet etmiştir. Darekutnî ise Mekhûl'den şu lafızla rivayet etmektedir: *"Hak sahibinin eli de vardır, dili de."* yani elini de, dilini de kullanma serbestliği vardır demektir. Ancak bu hadis *mürsel* bir hadistir. Buharî, Ebu Hureyre'den şöyle dediğini rivayet etmektedir: *"Peygamber (a.s.)'in yanına bir adam gelerek ondan borcunu ödemesini istedi ve oldukça kaba konuştu. Ashabından bazıları ona karşı gelmek istedilerse de Hz. Peygamber şöyle buyurdu: Onu bırakınız. Çünkü hak sahibinin söyleyecek sözleri vardır."* *Nasbu'r-Râye,* IV, 166.

2- *Muğnî'l-Muhtâc,* II, 156; *el-Muğnî,* IV, 449 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 406, 430; *eş-Şerhu's-Sağîr* III, 370; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 317; *Bidâyetu'l-Muctehid,* II, 280 vd.

3- Müslim ve Tirmizî rivayet etmiştir.

edilmesi de, cezalandırılması (yani hapsedilmesi) de helâldir." [1] Hadis-i şerifte geçen *"cezalandırılması"* ndan kasıt, hapsedilmesi olduğuna göre, onun haps edilmesi fakihlerin açıkladığı bir takım şartlara göre câizdir:

Hanefîler şöyle demektedir: [2] Borçlu zengin olursa veya hakim onun borcunu ödeyebilecek güce sahip olup olmadığında şüpheye düşer ve her hangi bir duruma dair kendisince bir delil bulamayacak olursa, mehir ve kefalet gibi herhangi bir akit ile ödemeyi üzerine aldığı her türlü borç karşılığında, borçlu kişiyi -erkek veya kadın olsun- hakim hapsedebilir. Onu iki veya üç ay hapsettiği halde bu süre içerisinde her hangi bir malının da olmadığı ortaya çıkarsa serbest bırakılır. Şayet borçlu kişi malı olmadığına yani fakir bir kimse olduğuna dair delil getirirse, hakim onu tutuklamaz. Çünkü az önceki ayet-i kerimede: *"Kolaylıkla ödeyebileceği bir zamana kadar mühlet verilir"* diye buyurulmuştur. Borç sebebiyle hapsedilen bir kimse dövülmez, korkutulmaz, zincire vurulmaz, üzerinden elbiseleri alınmaz, onu tahkîr etmek maksadıyla alacaklının karşısında durdurulmaz ve işçi olarak çalıştırılmaz.

Hapsedilmek için borçta, borçluda ve alacaklıda üç şart aranır:

1- Borcun vadesi gelmiş olmalıdır. Vadeli borçtan dolayı hapsolmaz. Çünkü hapis borcun ödenmesinin gecikmesi sebebiyle fiilen gerçekleşmiş zulmü defetmek içindir. Borcu vadeli olan kimseden ise henüz böyle bir zulüm gerçekleşmiş olmaz.

2- Borçlu olan kimsede üç şart aranır: Borcu ödemeye dair güç sahibi olmak: Şayet ödemede zorluk çeken birisi ise hapsedilmez. Çünkü Yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"Şayet ödemekte zorluk çeken birisi ise, kolaylıkla ödeyebileceği zamana kadar bir mühlet verilir."* (Bakara, 284)

İkinci şart ise *"el-matal"* dır; bu da borcu ödemeyi geciktirmek demektir. Az önce geçen: *"Varlıklı kimsenin matalı (borcunu ödemeyi geciktirmesi, savsaklaması) bir zulümdür."* [3] hadisi matalı reddetmektedir. Zulmün bertaraf edilmesi için borçlu hapsedilir. Varlıklının borcunu savsaklaması şeklindeki Amr b. eş-Şerîd hadisi de (94 no'lu dipnota bkz.) bunu ifade etmektedir. Hapis bir cezadır. Dolayısıyla borçlu kimsenin borcunu ödemeyi geciktirdiği açıkça ortaya çıkmadıkça hapsedilmez; bu son durumda o, borcunu geciktirmemekte bu konuda savsaklama yoluna gitmemektedir.

Diğer taraftan borçlu kimsenin anne veya babadan başka bir kimse olması

1- Bu hadisi Buharî, Müslim, Ebu Dâvud ve Neseî rivayet etmiştir. Ayrıca Beyhakî, Hakim ve İbn Hibban da rivayet etmiş olup İbn Hibban *sahih* olduğunu belirtmiştir. Bunlar hadis-i şerifi Amr b. es-Şerrîd'den, o babasından senediyle rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 240.

2- *el-Bedâyi',* VII, 173; *Tekmiletu Fethi'l-Kadir,* VII, 329, 330; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 199.

3- Bu hadis-i şerifi İmam Ahmed ve *Kütüb-i sitte* sahipleri Ebu Hureyre'den rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 236.

şarttır. Anne ve baba -ne kadar yukarıya gidilirse gidilsin (dede, dedenin babası, annesi ve saire)- çocuk ve torunlarının kendilerinden alacakları sebebiyle hapsedilmezler. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"Dünyada onlarla iyi bir şekilde geçin (idare et)."* (Lokmân, 15); *"Ve anne ve babaya iyilik yapın, (diye emrettik)."* (Bakara, 83, Nisa, 36 vs.) Borç sebebiyle anne ve babanın hapsedilmesi ise, dünya hayatında onlarla iyi ve güzel bir şekilde geçinmek, onlara karşı iyilik yapmak sayılamaz. Şu kadar var ki nafakasını, masraflarını karşılaması gerektiği halde çocuğunun nafakasını ödememesi sebebiyle, ta'zir olmak üzere baba hapsedilebilir. Eğer küçüğün velisi borcun ödenmesinin geciktirilmesinde sebep teşkil ediyorsa, o da hapsedilebilir.

3- Alacaklı kimsenin hakimden borçlunun hapsedilmesini istemesi. Böyle bir istekte bulunmadığı sürece borçlu hapsedilmez. Çünkü borç onun hakkıdır; hapis de hakkını elde etmenin bir yoludur. Bir hakkın elde edilmesi ise onun istenmesi ile mümkündür.

Hapsedilenin yapması engellenecek işler ise, hem işlerine hem de dinî ve dünyevî meşguliyetlerine çıkıp gitmekten alıkonulmaktır. Cuma namazlarına, cemaatle kılınan namazlara, bayram namazlarına, cenaze merasimine, hasta ziyaretine, diğer ziyaretlere ve ziyafetlere katılmaktan alıkonulur. Böylelikle, borcunu ödemesi için zorlanmış olur. Ancak akrabalarının kendisini ziyaret etmelerinden alıkonulamayacağı gibi, satma, satın alma, hibe, sadaka ve akrabalarının dışında kalan alacaklıların lehine ikrar gibi Şer'î tasarrufları da engellenmez. Diğer taraftan hapsedilmiş kimsenin kalbine sıkıntı gelsin de borcunu ödemeye davransın diye, sahih kabul edilen görüşe göre, özel işiyle uğraşmasına imkân tanınmaz.

Malikîlere göre: [1] Borçlunun durumu bilinmiyor ise yahut da dış görünüşü itibariyle mesela kaliteli elbiseler giymesi, iyi ulaşım vasıtalarına binmesi, hizmetçilerinin olması gibi, gerçek durumu bilinmemekle birlikte zengin olduğu zahir ise, borçlu hapsedilir. Ve bu durum ödemede zorluk çektiği sabit oluncaya veya kendisine kefil olacak birisini getirinceye kadar devam eder. Ancak o takdirde serbest bırakılır.

Şayet alacaklısına borcunu ödeyeceği vaadinde bulunur ve mesela iki gün gibi bir süre ertelenmesini isteyecek olursa, bu isteği kabul edilir ve bir kimse ona kefil olduğu takdirde de hapsedilmez.

Aynı şekilde zenginliği bilinen veya zengin olduğu görülen borçlu kimseye de ödeme vadinde bulunduğu ve mallarını ve ticaret metalarını satmak için ertelenme isteğinde bulunur ve mal ile kendisine kefil olacak birisini takdim ederse, süre verilir, değilse hapsedilir. Hakimin bu ticaret mallarını satmak yetkisi -müflisin aksine- yoktur. Çünkü müflis malında tasarruftan menedilen bir kimsedir. Kadın, güvenilir

1- Çocuk, babasının borcu sebebiyle hapsedilir. Aynı şekilde borçlu olan diğer akrabalar da akrabalarının kendilerindeki alacakları sebebiyle hapsedilirler.

bir kadının yanında hapsedilir. Dede, torunu sebebiyle hapsedildiği gibi, çocuk da borç veya başka şeyden dolayı babası için hapsedilir. Ancak aksi olmaz. Yani baba çocuğundan dolayı hapsedilmez.

Durumu belirsiz olan veya zengin olduğu zahiren görülen borçlu, gizli yahut açık hiçbir malının bulunmadığını ortaya koyan bir beyyine (delil) ile ödeme zorluğu çektiğini ispat edip kendisi de hiçbir malının olmadığına dair yemin ederse, kolaylıkla ödeyebileceği bir zamana kadar ona mühlet verilir, hapse atılmaz, verilen bu mühletten önce borcunu ödemesi istenmez, çalışıp kazanmak zorunda bırakılmaz, üzerinde geriye kalan borcu ödeyebilmesi için de borç alması istenmez. Bunları yapabilecek güçte olsa dahi durum böyledir. Çünkü borç, onun zimmetine taalluk eder ve, ancak kolaylıkla ödeyebileceği bir zamanda ondan istenir. Durumu belirsiz olan kişinin hapisteki süresi uzadığı takdirde hakimin içtihadıyla hapisten çıkartılabilir. Eğer hakim, "malı olsaydı borcunu öder ve bu kadar süre hapse dayanmazdı" kanaatine zann-ı galip ile sahip olursa, bu ictihadına binaen böyle bir kimseyi hapisten çıkartır. Ancak varlıklı olduğu açıkça belli olan bir kimse böyle olmadığına dair delil getirmedikçe hapisten çıkartılmaz. Zengin olduğu bilinen kimse ise ya üzerindeki borcu ödeyinceye veya ödemeyi üzerine alacak bir kefil getirinceye kadar ebediyyen hapsedilir.

Şafiî ve Hanbelilere göre: [1] Ödeyebilecek güçte olan bir kimseden borcunu ödemesi istendiği takdirde imkânına göre hemen ödemesi gerekir. Zahir bir mal olduğu halde ödemekten kaçınırsa ve bu zahir malı da borcun türünden olursa, borcu o maldan ödenir. Şayet bu mal borcun türünden değil ise hakim cebren malını satar. Eğer mal, hakimin velâyet mahalli dışında bir yerde ise veya hapis veya bir başka yolla ta'zir ile birlikte satmaya zorlayacak olursa, borçlu kişi de bilinmekle birlikte malını gizlerse, alacaklısı da hapsedilmesini isteyecek olursa hapsedilir ve bu malını ortaya çıkartıncaya kadar da öncelikle hacr altına alınır. Şayet hapis ile aklı başına gelmeyecek olursa, hakim de kendi görüşüne göre onu dövdürmeyi veya başka bir uygulamayı uygun görürse, toplam olarak bir had cezasını geçecek dahi olsa, uygun gördüğü bu tür uygulamayı yapar.

Her kim ödemekte zorluk çektiğini ileri sürmekle birlikte alacaklı tarafından tasdik edilmeyecek olursa, zorluk çektiğini ortaya koyan bir delil getirinceye kadar hapsedilir. Şayet zorluk çektiği sabit olursa bu sefer ona süre tanınması vacip olur ve ona mülâzemet caiz olmaz. Çünkü daha önce gördüğümüz gibi âyette: *"Eğer zorluk çeken birisi ise kolaylıkla ödeyeceği zamana kadar mühlet verilir"* diye buyurulmuştur.

Ödeyebilecek güce sahip olduğu sabit olmakla birlikte borçlarını ödemeye-

---

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 154, 157; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 406-409; *el-Muğnî,* IV, 447 vd. ve 450 vd.; *el Muhezzeb,* I, 320.

cek olursa hakim onu hapseder. [1] Çünkü az önce gördüğünüz hadis-i şerif: *"Ödeyebilecek gücü olan kimsenin savsaklaması halinde şikâyeti de helâl olur, cezalandırılması da"* hadisi bunu gerektirmektedir. Hakim borçlu olan kimseyi gerçekten ödeyemeyecek durumda olduğu açıkça ortaya çıkmadıkça hapisten çıkartmaz. Ödeyemeyecek durumda olduğu ortaya çıktığı takdirde hemen serbest bırakılması icap eder. Şayet borçlu kimse, alacaklısı tarfından ibra ve havale ile ibra edilecek olursa, üzerindeki hakkın düşmesi sebebiyle serbest bırakılır. Şayet alacaklı kişi hapisten çıkartılmasına razı olursa yine serbest bırakılır. Eğer ödeme gücü olan kimse hapsedilmeye rağmen ödememekte ısrar ederse, bu sefer hakim onun malını satar ve borcunu öder.

Malikîlerin de söylediği gibi çalışıp kazanmak için mecbur tutulmaz. Çünkü az önceki hadis-i şerifte: *"Bulduğunuzu alınız, bundan başka da alacak bir şeyiniz yoktur"* denilmiştir. Diğer taraftan hediyeyi, sadakayı veya borç almayı kabul etmesi için de mecbur edilmez.

4- Hacr altındaki borçlunun malının satılması ve bunun bedelinin alacaklılar arasında pay edilmesi:

Fakihler şu hususta ittifak etmişlerdir: [2] İflâs sebebiyle hacr altında bulunan borçlunun malı satılır ve onun bedeli alacaklılar arasında alacakları oranında taksim edilir. Satışın hacrden hemen sonra yapılması menduptur. Böylelikle üzerindeki hacr süresi uzamamış ve bir an önce borçtan kurtarılmış ve hak, hak sahiplerine ulaştırılmış olur. Nitekim *"Peygamber (a.s.) Muaz'ı hacr altına aldığında borcu sebebiyle malını sattı ve onun bedelini alacaklıları arasında paylaştırdı."*

Şayet borçlar borçlunun malının türünden olursa hakim bunları borçlunun emri olmaksızın dahi öder. Eğer borçlunun malından başka türde bulunursa bu takdirde hakimin bu malı satması ve onun bedelini alacaklılar arasında paylaştırması vacip olur.

Satış esnasında hakimin müflisi veya onun vekilini hazır bulundurması da müstehaptır. Bunda eşyasının tespiti, onun iyi ve kaliteli olanının tanıtılması, gönlünü hoş tutmak ve kalbini rahatlatmak, bu malın satın alınması için teşvik edilmesi gibi faydalar vardır. Aynı şekilde alacaklıların da hazır bulundurulması müstehaptır. Çünkü satış onlar için yapılmaktadır. Olur ki onlar da bir şeyi almak isterler, kıymetini artırırlar. Diğer taraftan hem gönülleri hoş tutulmuş olur, hem de ithamdan

1- Şeyh Takıyüddîn İbni Teymiyye şöyle demektedir: Onun belli bir yerde hapsedilmesi gerekmez. Bundan maksat, üzerindeki hakkı ödeyinceye kadar tasarruftan alıkonulmasıdır. Çıkmasına imkân verilmeyecek şekilde bizzat kendi evinde dahi olsa hapsedilebilir. *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 408.

2- *Teknimletu Fethi'l-Kadîr,* VII, 328 vd.; *Tebyinu'l-Hakâik,* V, 199 vd.; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 357 vd. 366; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 269-271; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 319; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 150 vd.. *el-Mühezzeb,* I, 322; *Keşâfu'l-Kınâ',* III, 420 vd.; *el-Muğnî,* IV, 441-446; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 287.

uzak kalırlar. Aralarında bazısı bizzat kendi malını bulursa alır ve alacaklılar arasından çıkabilir.

Çağımızda bu gibi şeyler açık arttırma ile satılmaktadır. Her şeyin kendisine mahsus çarşı-pazarında satılması menduptur. Bununla birlikte satılan şeyin *semen-i misil* ve o beldede kullanılan nakit ile yapılması şartı da vardır.

Satışta meyve ve sebzeler gibi bozulmasından korkulan şeylere öncelik tanınır. Daha sonra rehin alınmış malda olduğu gibi ona hak taalluk edene sıra gelir, daha sonra masraf gerektirdiğinden dolayı hayvanlar satılır -çünkü hayvanlar aynı zamanda telef olmaya da maruzdurlar- daha sonra taşınır mallar satılır, çünkü hırsızlık ve buna benzer bir sebeple kaybolmalarından korkulur. Giyilen şeyler, bakır ve benzeri şeylere takdim edilir. Araziye göre binalara öncelik tanınır. Akarın sona bırakılmasının sebebi, helâk olunmasından ve çalınmasından yana emin olunmasıdır. Diğer taraftan akar, belli bir maksatla faydalanmak için elde tutulur. Satılmasından dolayı ona bir zarar gelebilir. Bundan dolayı akar ancak zaruret halinde satılır. Malikîlere göre ise akarın satışı konusunda iki ay gibi bir süre beklenir.

Dikkat edilecek olursa Ebu Hanife, iki talebesinin aksine hakim için borçlunun ticaret mallarını ve akarını satmayı caiz kabul etmez.

Müflis kimseye âdeten ihtiyaç duyduğu pek kaliteli olmayan fakat tam bir takım elbise bırakılır. Aynı şekilde Şafiîlere göre paylaştırmanın yapıldığı gün için nafakasını sağlamak durumunda olduğu hanımı, hizmetçisi ve yakın akrabasının bir günlük yiyeceği bırakılır. Hanefîlere göre ise hacrden sonra dahi olsa ve teflisden önce borçlunun malından onlara masraf yapılır. Malikîlere göre ise ona birkaç gün yetecek kadar mal bırakılır. Hanbelîlere göre ise alacaklılar arasında mal paylaştırılıncaya kadar masrafı karşılanır. Yani Hanbelîler Şafiîlerin görüşündedirler. Diğer taraftan kendisi için zaruri olan meslek aletleri bırakılır. İlim adamının gerek duyacağı kitapları ise başvurmak ve okumak üzere bırakılır, onlara ilişilmez. Malikîler ise kitapların satılmasını ve cumaya giderken giydiği güzel elbiselerinin -şayet kıymeti fazla ise- satılmasını caiz kabul ederler. Çünkü -onların ifadesine göre- ilim denilen şey kalpte muhafaza edilir. Ancak büyük alim Adevî şöyle demektedir: "Halihazırda hıfz kaybolup gitmiştir. Bu bakımdan bazı kimseler kitapları, sanatkârın mesleğini icra ettiği aletleri durumunda kabul etmiştir."

Onun seviyesinde olan kimseler için elverişli olan ve mesken olarak kullanmak zorunda olduğu meskeni, ihtiyaç duyacağı hizmetçi, ona bırakılır. Çünkü bu gibi şeylere ihtiyaç duyulur. O bakımdan bunlar elbisesi ve yiyeceği gibi borçlarını ödemek için satılmazlar.

Ancak Şafiîlerce daha sahih görüşe göre meskeni ve bineği de satılır, kötürüm olması veya mevkisi dolayısıyla da geçmişte satılabilecek durumda olan (fakat satılmamış) hizmetçisi ona bırakılmaz. Çünkü bu gibi şeylerin varlığından gözetilen

maksat, kira ile de ücretle de gerçekleştirilebilir.

Malikîler ise şöyle demektedir: Müflisin aleyhine satılamayan hizmetçisi yine onun adına kiraya verilir ve aleyhine satılabilen şeyler ise satılır.

5- Alacaklı kimsenin müflisin malları arasında gördüğü kendi malını geri alması:

Hanefîlerin dışında kalan cumhurun görüşüne göre bu, müflis üzerinde hacrin etki veya hükümlerinden beşincisidir.

Hanefîlere göre: (1) Bir kimse iflas eder (veya hakim onun iflasına hükmederse) ve yanında da bir kimseden satın aldığı bir malın bizzat kendisi bulunmakta ise, o malın eski sahibi diğer alacaklılar durumundadır. Yani onun üzerinde diğer alacaklılara göre ayrıcalıklı bir hak sahibi değildir. Şayet o malı kabzetmeden önce iflâs ederse veya satıcısının izni olmaksızın kabz sonrası iflâs ederse, onu geri alabilir; kabzetmeden önceki halde ise de bedeli mukabilinde yanında alıkoyabilir.

O malın sahibinin kendi malını hak etmeyişine dair delilleri de şudur: İflâs, başkalarında değil de muavaza akitlerinde aynın teslim edilmesinden aciz olmayı gerektirir ve bu durumda akdin feshi müstehap değildir. O bakımdan fesih hakkı sabit olmaz. Hak edilen ya bedeldir veya zimmette bir nitelik olan borçtur. Müşterinin satılanın aynını kabzetmesi ile mübadele gerçekleşmiş olur.

Cumhura göre: (2) Hakim bir kişinin iflasına hükmetse ve alacaklılardan birisi kendisine ait olan malı ele geçirse veya daha önce ona satmış olduğu malı aynıyla görse, o satışı feshetmek ve malını almak hakkına sahiptir. Çünkü müşteri o malın kıymetini ödemekten aciz olmuştur. Bu ise feshi gerektirir. Satıcının satılan şeyi teslim etmekten aciz olması halinde olduğu gibi, diğer taraftan selem aktinde malın teslimine imkân olmaması halinde olduğu gibi bedelin teslimine imkân yoksa akdin feshi caizdir. Ayrıca Peygamber (a.s.) Ebu Hureyre'nin rivayetine göre şöyle buyurmuştur: *"Her kim iflâs etmiş bir kişinin veya iflâs etmiş bir insanın yanında kendisine ait malı bizzat görürse o malı almaya başkalarına göre daha bir hak sahibidir."* (3)

Hanefîler ise şöyle demektedir: Bu rivayet el-Hassâf'ın isnadı ile yapılan rivayete aykırıdır. Buna göre Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Herhangi bir kişi*

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 106; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir ve el-İnâye,* VII, 330 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik* V, 201 vd.

2- *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 283 vd.; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 373; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 282; *el Mühezzeb,* I, 322; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 157; *el-Muğnî,* IV, 409 vd.; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye* 319.

3- *Sahih* bir hadis olup Ahmed b. Hanbel ve *Kütüb-i sitte* sahipleri tarafından Ebu Hureyre'den rivayet edilmiştir. Semura'dan Ebu Bekr b. Abdurrahman b. Haris b. Hişam'dan gelen ve onu destekleyen rivayetler de vardır. *Neylu'l-Evtâr,* V, 242.

iflâs eder, bir başka kişi de onun yanında malını bulursa, o da diğer alacaklıları durumundadır." Ebu Hureyre'nin hadisi ise şöyle tevil edilir: Müşterinin (o hadisteki söz konusu) kabzı satıcı için muhayyerlik şartına bağlı idi.

Gerçekte cumhurun görüşü daha güçlüdür. Çünkü Ebu Hureyre'nin hadisi sahihtir. Hanefilerin söz konusu te'vili ise uzak bir ihtimaldir. Çünkü satıcının muhayyerliğinin varlığı hâlinde satışın feshedileceğini belirten hadise ayrıca ihtiyaç yoktur. Çünkü bu, umumi ve kabul edilen bir durumdur, iflas edeni de etmeyeni de kapsamına alır. Bundan da daha uzak, onların bu hadis-i şerifi malın bir *vedia* yahut da bir *âriyet* veya bir *lukata* olması ile te'vil etmeleridir. Çünkü hadisteki nas, iflâs durumu ile mukayyettir. (1)

Diğer taraftan mal sahibinin müflise rücû etmesi ile alakalı bir takım hususlar vardır ki, bunların en önemlileri aşağıda sıralanmıştır:

a) Rücû muhayyerliği fevrî midir, yoksa mühlet sözkonusu mudur?

Şafiîlerle Hanbelîlerin bu konuda iki görüşü vardır. (2) Daha sahih olanına göre rücû muhayyerliği kusur muhayyerliğinde olduğu gibi fevren (hemen) dir. Aralarındaki ortak özellik zararın defedilmesidir. Bu muhayyerliğin geciktirilmesi alacaklıların zarar görmeleri sonucunu verir. Çünkü bu durumda haklarının geciktirilmesi ile karşı karşıya kalınmış olur.

b) Bütün muavazalarda rücû hakkı:

Şafiîlere göre (3) mal sahibi olan kimse satış, icare, karz ve selem gibi diğer katıksız muavazalarda rücû hakkına sahiptir. Çünkü az önce geçen Ebu Hureyre hadisi umumidir. Buna göre (müflise) peşin bir ücret mukabilinde bir ev kiralasa ve bu ücreti hacr altına alınıncaya kadar kabzetmese, onun kiraladığı evde fesih ile rücû hakkı vardır. Böylece satış halinde ayn ne durumda ise menfaat da aynı durumda kabul edilmiş olur. Şayet borç olmak üzere veya ister vadesi gelmiş ister vadeli bir selem akdinin semeni olmak üzere belli miktardaki dirhemleri ona teslim ederse ve malın teslim zamanı gelirse ve sonra da hacr altına alınırsa, dirhemler de aşağıda gelecek şartlara uygun olarak mevcut ise fesih suretiyle onlarda rücû etmek hakkına sahiptir.

Hibe gibi muavaza olmayan akitler ile nikâh, taammüden dökülen kan muka-

---

1- Müellifin bu tercihine mukabil Hâfız Bedruddin el-Aynî merhum, Ebû Hureyre (R.A.) hadisinin şerhinde Hanefiler ile diğer âlimlerin görüşlerini genişçe serdetmiş, "mal sahibi ile diğer alacaklıların aynı durumda olacağına" dair Hz. Ali (R.A.), Kûfe kadısı İbn Şubrume, Ömer b. abdulaziz Zührî, Şa'bî gibi zevatın hüküm verdiklerini zikretmiş, usûl ve isnâd üzerine itirazlara geniş cevap vermiştir. (Umdetu'l-Kârî Şerhu Sahîhi'l-Buhârî, Kitâbu'l-İstikrâd, Bâbu İzâ Vecede Mâlehu, X, 248, Kâhire, 1392 h/1972 m. Halebî tab'ı.)

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 158; *el-Muğnî,* IV, 410.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 158.

maksat, kira ile de ücretle de gerçekleştirilebilir.

Malikîler ise şöyle demektedir: Müflisin aleyhine satılamayan hizmetçisi yine onun adına kiraya verilir ve aleyhine satılabilen şeyler ise satılır.

5- Alacaklı kimsenin müflisin malları arasında gördüğü kendi malını geri alması:

Hanefîlerin dışında kalan cumhurun görüşüne göre bu, müflis üzerinde hacrin etki veya hükümlerinden beşincisidir.

Hanefîlere göre: (1) Bir kimse iflas eder (veya hakim onun iflasına hükmederse) ve yanında da bir kimseden satın aldığı bir malın bizzat kendisi bulunmakta ise, o malın eski sahibi diğer alacaklılar durumundadır. Yani onun üzerinde diğer alacaklılara göre ayrıcalıklı bir hak sahibi değildir. Şayet o malı kabzetmeden önce iflâs ederse veya satıcısının izni olmaksızın kabz sonrası iflâs ederse, onu geri alabilir; kabzetmeden önceki halde ise de bedeli mukabilinde yanında alıkoyabilir.

O malın sahibinin kendi malını hak etmeyişine dair delilleri de şudur: İflâs, başkalarında değil de muavaza akitlerinde aynın teslim edilmesinden aciz olmayı gerektirir ve bu durumda akdin feshi müstehap değildir. O bakımdan fesih hakkı sabit olmaz. Hak edilen ya bedeldir veya zimmette bir nitelik olan borçtur. Müşterinin satılanın aynını kabzetmesi ile mübadele gerçekleşmiş olur.

Cumhura göre: (2) Hakim bir kişinin iflasına hükmetse ve alacaklılardan birisi kendisine ait olan malı ele geçirse veya daha önce ona satmış olduğu malı aynıyla görse, o satışı feshetmek ve malını almak hakkına sahiptir. Çünkü müşteri o malın kıymetini ödemekten aciz olmuştur. Bu ise feshi gerektirir. Satıcının satılan şeyi teslim etmekten aciz olması halinde olduğu gibi, diğer taraftan selem aktinde malın teslimine imkân olmaması halinde olduğu gibi bedelin teslimine imkân yoksa akdin feshi caizdir. Ayrıca Peygamber (a.s.) Ebu Hureyre'nin rivayetine göre şöyle buyurmuştur: *"Her kim iflâs etmiş bir kişinin veya iflâs etmiş bir insanın yanında kendisine ait malı bizzat görürse o malı almaya başkalarına göre daha bir hak sahibidir."* (3)

Hanefîler ise şöyle demektedir: Bu rivayet el-Hassâf'ın isnadı ile yapılan rivayete aykırıdır. Buna göre Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Herhangi bir kişi*

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 106; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir ve el-İnâye,* VII, 330 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik* V, 201 vd.

2- *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 283 vd.; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 373; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 282; *el Mühezzeb,* I, 322; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 157; *el-Muğnî,* IV, 409 vd.; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye* 319.

3- *Sahih* bir hadis olup Ahmed b. Hanbel ve *Kütüb-i sitte* sahipleri tarafından Ebu Hureyre'den rivayet edilmiştir. Semura'dan Ebu Bekr b. Abdurrahman b. Haris b. Hişam'dan gelen ve onu destekleyen rivayetler de vardır. *Neylu'l-Evtâr,* V, 242.

iflâs eder, bir başka kişi de onun yanında malını bulursa, o da diğer alacaklıları durumundadır." Ebu Hureyre'nin hadisi ise şöyle tevil edilir: Müşterinin (o hadisteki söz konusu) kabzı satıcı için muhayyerlik şartına bağlı idi.

Gerçekte cumhurun görüşü daha güçlüdür. Çünkü Ebu Hureyre'nin hadisi sahihtir. Hanefilerin söz konusu te'vili ise uzak bir ihtimaldir. Çünkü satıcının muhayyerliğinin varlığı hâlinde satışın fesheddileceğini belirten hadise ayrıca ihtiyaç yoktur. Çünkü bu, umumi ve kabul edilen bir durumdur, iflas edeni de etmeyeni de kapsamına alır. Bundan da daha uzak, onların bu hadis-i şerifi malın bir *vedia* yahut da bir *âriyet* veya bir *lukata* olması ile te'vil etmeleridir. Çünkü hadisteki nas, iflâs durumu ile mukayyettir. (1)

Diğer taraftan mal sahibinin müflise rücû etmesi ile alakalı bir takım hususlar vardır ki, bunların en önemlileri aşağıda sıralanmıştır:

a) Rücû muhayyerliği fevrî midir, yoksa mühlet sözkonusu mudur?

Şafiîlerle Hanbelîlerin bu konuda iki görüşü vardır. (2) Daha sahih olanına göre rücû muhayyerliği kusur muhayyerliğinde olduğu gibi fevren (hemen) dir. Aralarındaki ortak özellik zararın defedilmesidir. Bu muhayyerliğin geciktirilmesi alacaklıların zarar görmeleri sonucunu verir. Çünkü bu durumda haklarının geciktirilmesi ile karşı karşıya kalınmış olur.

b) Bütün muavazalarda rücû hakkı:

Şafiîlere göre (3) mal sahibi olan kimse satış, icare, karz ve selem gibi diğer katıksız muavazalarda rücû hakkına sahiptir. Çünkü az önce geçen Ebu Hureyre hadisi umumidir. Buna göre (müflise) peşin bir ücret mukabilinde bir ev kiralasa ve bu ücreti hacr altına alınıncaya kadar kabzetmese, onun kiraladığı evde fesih ile rücû hakkı vardır. Böylece satış halinde ayn ne durumda ise menfaat da aynı durumda kabul edilmiş olur. Şayet borç olmak üzere veya ister vadesi gelmiş ister vadeli bir selem akdinin semeni olmak üzere belli miktardaki dirhemleri ona teslim ederse ve malın teslim zamanı gelirse ve sonra da hacr altına alınırsa, dirhemler de aşağıda gelecek şartlara uygun olarak mevcut ise fesih suretiyle onlarda rücû etmek hakkına sahiptir.

Hibe gibi muavaza olmayan akitler ile nikâh, taammüden dökülen kan muka-

---

1- Müellifin bu tercihine mukabil Hâfız Bedruddin el-Aynî merhum, Ebû Hureyre (R.A.) hadisinin şerhinde Hanefîler ile diğer âlimlerin görüşlerini genişçe serdetmiş, "mal sahibi ile diğer alacaklıların aynı durumda olacağına" dair Hz. Ali (R.A.), Kûfe kadısı İbn Şubrume, Ömer b. abdulaziz Zührî, Şa'bî gibi zevatın hüküm verdiklerini zikretmiş, usûl ve isnâd üzerine itirazlara geniş cevap vermiştir. (Umdetu'l-Kârî Şerhu Sahîhi'l-Buhâri, Kitâbu'l-İstikrâd, Bâbu İzâ Vecede Mâlehu, X, 248, Kâhire, 1392 h/1972 m. Halebî tab'ı.)

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 158; *el-Muğnî,* IV, 410.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 158.

bilinde sulh gibi katıksız olmayan muavazalarda rücû ise her hangi bir şekilde caiz değildir.

c) Rücü yapabilmenin şartları:

Şafiîlere göre rücûda bir takım şartlar aranır: [1]

1- Rücû esnasında semenin (bedelin,) vadesinin gelmiş olması, vadesinin müeccel olmaması. Çünkü müeccel (vadeli) vadesi gelmeden ondan istenmez.

2- İflâs edildiği için, semenin elde edilmesine imkân olmaması. Şayet iflâs ortadan kalkar ve borçlu da ödeyebilecek durumda olmakla birlikte semeni ödemekten kaçınır yahut da ödeyebilecek durumu olduğu halde ölür ve mirasçısı onu teslimden kaçınacak olursa, daha sahih olan görüşe göre fesih söz konusu değildir. Çünkü mahkemenin hükmü ile bunu alabilme imkânı söz konusudur.

Şayet diğer alacaklılar, ona bedelini ödemek suretiyle maldan vazgeçmesini teklif edecek olurlarsa bu teklifi kabul etmesi gerekmez. Şafiîlerle Hanbelîlere göre fesih hakkı söz konusudur. Çünkü böyle bir vaz geçmede minnet olabilir ve malının aynına onun hakkı taalluk etmektedir. Malikîler ise şöyle demektedir: Böyle bir durumda onun rücû hakkı yoktur. Çünkü rücû, kıymetteki bir eksikliği telâfi etmek içindir. Ona kıymeti bütünüyle verilecek olursa, kusurlu maldan kusurun zail olması halinde olduğu gibi, rücû yetkisi yoktur. [2]

3- Satılmış olan mal müşterinin mülkünde kalmaya devam etmeli: Şayet ölüm halinde olduğu gibi hissen; vakıf, satış ve hibe halinde olduğu gibi hükmen üzerindeki mülkiyeti sona erecek olursa, elinden çıkmakla mülkiyetinin de dışına çıkmış olacağından, rücû söz konusu değildir.

Şimdi hem bu şartlarda, hem de daha önce zikredilenlerden Şafiîlere göre rücû şartlarının dokuz tane olduğu açıkça ortaya çıkmış bulunuyor: [3]

1- Bu, satış gibi katıksız muavaza (karşılıklı bedel ödenen) akdinde olmalıdır.

2- Hacri öğrendikten hemen sonra rücûda bulunmalıdır.

3- Yaptığı bu rücûnun "satışı feshettim" ve buna benzer sözleriyle olmalıdır. Ayrıca hakimin hükmüne ihtiyaç yoktur.

4- Satılmış malın ivazı (karşılığı) alınmamış olmalıdır. Eğer onun bir kısmını almış ise almadığı kalan kısma tekabül eden miktarında rücû hakkı sabit olur.

1- Aynı yerler.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 238; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 373 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 159; *el-Muğnî,* IV 411.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 160.

5- İvazın tamamen alınmayışı iflâs dolayısıyla olmalıdır.

6- İvaz, alacak olmalıdır. Eğer ayn olursa, o takdirde diğer alacaklılardan onu almak konusunda kendisine öncelik tanınır.

7- Borcun vadesi gelmiş olmalıdır.

8- Satılmış mal müflisin mülkiyetinde fiilen baki olmalıdır. Bir şeyi satın almış kimseden yapılmış bir rehinde olduğu gibi, mala lâzım bir hak taalluk etmemelidir.

Hanbelîlere göre: (1) Satıcı malında beş şart ile rücû edip onu geri almak hakkına sahiptir. *Keşşâfu'l-Kınâ'* da buna iki şart daha eklerler:

1- Malın bizzat baki olması, kısmen dahi telef olmamış olması. Eğer meyve veren ağacın meyvesinin telef olması halinde olduğu gibi, onun bir kısmı telef olmuş ise satıcının rücû hakkı yoktur ve o da diğer alacaklılarla eşit durumda olur. Malikîlerle Şafiîler ise şöyle demektedir: Geri kalan kısımda rücû caizdir ve telef olanında diğer alacaklılar ile ortak paya sahip olur. Bu Şafiîlerin öngördüğü sekizinci şarttır.

2- Satılmış olan malın semizlik, besililik ve büyüklük gibi ayn'a bitişik bir artışla artmamış olması gerekir. Malikîlerle Şafiîler ise bunun mani olmadığı görüşündedirler.

3- Satıcı sattığı malın kıymetinden herhangi bir şey almamış olmalıdır. Şayet bir kısmını almış ise, rücû hakkı sakıt olur. Bu da Şafiîlerin kabul ettiği dördüncü şarttır. Bu konuda her iki mezhep ittifak etmiştir. Malikîler de şöyle demektedir: Mal sahibi muhayyerdir. Dilerse aldığı malı geri verir ve aynın tümünü vazgeçip geri alır, dilerse rücû etmeksizin diğer alacaklılar ile pay sahibi olur.

4- Ona başka kimsenin hakkı taalluk etmemiş olmalıdır. Şayet müşteri bu malı rehin vermiş veya hibe etmiş ise artık satıcı -müşterinin onu satmış olması halinde olduğu gibi- rücû edemez. Bu hususta Şafiîler, Hanbelîler ve Malikîler arasında görüş ayrılığı yoktur.

5- Müflis hayatta olmalı. Şayet ölmüş ise o takdirde satıcı diğer alacaklılar gibi olur. Ölümden önce iflas edip de hacr altına alındığını, sonra da ölmüş olduğunu bilmesi ile öldükten sonra iflas etmiş olduğunun ortaya çıkması arasında bir fark yoktur. Malikîlerin de görüşü aynı şekildedir. Çünkü Ebu Bekir b. Abdurrahman şöyle bir hadis rivayet etmektedir: *"Şayet müşteri ölürse mal sahibi diğer alacaklılar durumundadır."* (2) Şafiîler ise fesih ve ayn'ı rücû edip istemek hakkına sahiptir, derler. Böylelikle Ebu Hureyre'nin rivayet ettiği az önceki hadis ile amel ettiklerini

1- *el-Muğnî,* IV, 413, 419, 430, 431, 434, 353; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 414-417.

2- Bu hadisi İmam Malik *Muvatta*'da ve Ebu Dâvud rivayet etmiş olup *mürsel* bir hadistir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 242.

söylerler.

6- Müşterinin mal üzerindeki mülkiyeti, satış, hibe, vakıf ve buna benzer herhangi bir yolla ortadan kalkmamış olmalıdır.

7- Satıcı rücû zamanına kadar hayatta olmalıdır.

Malikîlere göre: [1] Satıcının malının ayn'ında müflise rücû etme hakkında aranan şartlar üç tanedir.

1- Müflisten alacağı kıymet kadarı ile diğer alacaklıların bedel ödemek istememesi. Eğer onlar kendi malları ile veya müflisin malından bedelini ödeyecek olsalar yahut onun bedelini kendilerinin teminatı altına alsalar ve bunlar güvenilir kimseler ise, yahut da güvenilir bir kefil gösterirlerse onu alamaz.

2- Onu alması ve ele geçirmesi mümkün olmalıdır. Şayet alınmasına -kadından faydalanmak halinde olduğu gibi- imkân bulunmuyor ise bunda rücû yoktur. Hanımın kocası iflâs etmesi halinde mehrini isteyecek olursa diğer alacaklılarla pay sahibi olur. Çünkü ondan sağlanan faydada rücû etmesine imkân yoktur. O esnada iflâs ettiği takdirde cimadan önce fesih hakkına sahiptir. [2]

3- Malın ayn'ının olduğu gibi kalması, değişikliğe uğramaması veya satış esnasındaki durumunda olması. Şayet bir değişiklik olur ise mal sahibi diğer alacaklılar ile birlikte paylaşır ve rücû edemez. Buğday öğütülür yahut tohum olarak saçılır, kavrulur, hamur edilir veya pişirilirse ya da sütten yağ yapılırsa yahut kumaş elbise olarak biçilirse, deri ayakkabı yapılırsa, yahut hayvan kesilirse yahut taze hurmayı kurutur ise veya bir şeyi misli olmayan başka bir şeye karıştırır ve onu ayırdetmeye imkân olmazsa -balın yağda veya zeytin yağına yahut güzel buğdayı küflenmiş buğdaya veya kurtlanmış buğdaya veya zeytinyağını bir başka çeşit yağa karıştırması halinde olduğu gibi- mal sahibi diğer alacaklılar ile birlikte paylaşır.

Bir şeyi misliyle karıştırırsa veya deriyi tabaklarsa, elbiseyi boyarsa, ipliği dokursa yahut o şey semavî bir afet ile veya müşterinin fi'liyle veya bir yabancının fi'liyle kusurlu hale gelir, fakat daha sonra da ilk haline dönerse, o şeyin sahibinin rücû hakkı vardır ve o şeyi alabilir.

Kusur devam ediyor ve o şey ilk haline dönmüyor ise onu alabilir ve eksiklik oranında diğer alacaklılarla ortak olur veya onu olduğu gibi bırakabilir ve bütün kıymet kadarı ile öbür alacaklılarla ortak olur.

d) Satılan malın iflâs eden müşterinin yanında artması:

Eğer satılan mal müflisin elinde artacak olursa, acaba sahibinin rücû hakkı var

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 283; *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 374 vd.

2- Bu diğerlerinin arasında zikredilmiş bir meseledir. Çünkü burada iflastan önce kabzedilen ve ele geçirilen şeyden söz edilmektedir. Satın alan durumunda olan koca tarafından ise iflastan önce kadından faydalanma kabzedilmiş değildir.

mıdır?

Bu artışın bir takım halleri vardır:

a) *Bitişik artış:* Şişmanlanmak, büyümek, sanat veya yazı yazmak yahut Kur'an ve benzeri hususları öğrenmek, Malikîlere göre alacaklılar satılan bu şeyin kıymetini ödemeleri hali müstesna rücû hakkına mani değildir. Şafiîlere ve İmam Ahmed'den gelen bir rivayete göre de durum böyledir. Ancak Hanbelî mezhebi alimlerinden el-Hırakî'nin görüşüne göre bu rücûya manidir. Görüldüğü kadarıyla Hanbelîlerin tercih edilen görüşü de budur, çünkü Hanbelî mezhebine dair kitaplar bu hususta ittifak halindedirler. [1]

b) *Ayrı artış:* Satıştan sonra müşterinin elinde meydana gelen ağacın meyve vermesi ve hayvanın yavrulaması gibi artışlar, üç mezhebin ittifakı ile rücûya mani değildir. Satıcı artan kısımda değil de asılda rücû eder. Artan ise müşterinin olur. Çünkü Şâri' mal sahibine bizzat satılan şeyde rücû edeni tespit etmiştir; o bakımdan daha ilerisine gidilemez. [2]

c) Boyama sebebiyle artış. Bir kişi bir başkasından bir kumaş alsa, onu herhangi bir şekilde boyasa sonra iflâs etse, üç mezhebin de ittifakıyla bu, satıcının asıl kumaşı rücû ile almasına mani değildir. Çünkü onun malının aynı ile rücû hakkı vardır. Ve bu durumda müflis kıymetinde meydana gelen artışta kumaş sahibi ile ortaktır; bu artış müflise ait olur. [3]

Hanbelîlerce bir başka ihtimale göre, kıymetin artması halinde rücûnun olmaması söz konusudur, çünkü satılan şeyden müflise ait bir fazlalık ilave olmuş bulunmaktadır. Bu ise yağda olduğu gibi rücûya manidir.

d) Bina yapmak, ağaç dikmek ve ekin gibi şeylerle asıl malda yapılan fazlalık. *Malikîlere göre:* [4] Bir kimse malının aynını müflisin yanında bulacak ve o da o malda, bir fazlalık meydana getirmiş olsa meselâ bir arazi ise, oraya inşaat yapsa yahut ağaç dikse artık o kişinin rücû yapmasına imkân kalmaz, o müflisin malında diğer alacaklılarla ortak olur.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [5] Müşterinin arazide inşaat yapmasından yahut oraya ağaç dikmesinden sonra satıcı rücû etmeyi tercih edecek olursa, şayet alacaklar ile müflis kimse o arazideki binayı ve ağaçları tahliye etmek hususunda ittifak ederlerse bunu yapabilirler. Çünkü bu hak onlarındır, başkalarının değildir. Tahli-

---

1- *eş-Serhu'l-Kebir,* I, 283; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 161: *el-Mühezzeb,* I, 324; *el-Muğnî,* IV, 419 *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 416; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 320.

2- Adı geçen eserler; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 418.

3- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 283; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 164; *el-Mühezzeb,* I, 325; *el-Muğnî,* IV, 417 *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 418.

4- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 162 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 325.

5- *el-Muğnî,* IV, 426 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 427.

ye işlemi tamamlandığı takdirde satıcı rücû edip arazisini alabilir. Çünkü o, kendi malını bizatihi bulmuş olur. Hafriyatın tesviyc edilmesinin ve eğer bu tahliye ile kıymeti azalmış ise eksilen kıymetin ödenmesinin, müflisin malından yapılması gerekir. Şayet alacaklılar araziyi tahliye etmekten imtina edecek olurlarsa, bunun için mecbur edilmezler. Şöyle de denilmiştir: Satıcı arazide rücû hakkına sahiptir. Yapılan inşaatı ve dikilen ağaçları kıymetleri mukabilinde mülk edinebilir. Bununla birlikte bunları sökmek ve eksilen kıymetin tazminatını ödetmek imkânı da vardır. Çünkü müflisin malının tümü satılmış demektir. Böyle bir zarar ise iki durumun her birisi ile de önlenebilir. Boyama ile kıymetin artışında olduğu gibi.

Şafiîlerle Hanbelîlerce tercih edilen görüşe göre satıcının arazide rücû hakkı yoktur, İnşaat ve dikilen ağaçlar müflisin olur. Çünkü böyle bir rücûda hem satın alan müflise, hem de alacaklılara zarar vardır. Zarar, başka bir zararla giderilmez. Rücû ise zararın ortadan kaldırılması için meşru kılınmıştır. Satıcının zararı, müflisin ve diğer alacaklıların zararı ile izale edilemez. Bu durumda satıcı diğer alacaklılarla birlikte onun kıymetinde pay sahibi olur. Böylelikle her üç mezhep de bu durumda rücû olamayacağı hususunda ittifak etmiş demektir.

Eğer satın alan araziyi ekmiş, sonra da iflas etmiş ise Şafiîlere göre [1] satıcının o arazide rücû hakkı vardır. Çünkü o kendi malının ayn'ını nakledilebilen bir şey ile işgal edilmiş olarak bulmuştur. Tıpkı satılan şcyin bir ev olması ve evin içerisinde satın alana ait malların bulunması halinde olduğu gibi. O takdirde ekin biçilmişse oradan taşınması icap eder. Biçilmemiş ise hasat zamanına kadar herhangi bir ücret söz konusu olmaksızın bırakılması caizdir. Çünkü müşteri kendisine ait bir arazide ekin ekmiştir. Mülkiyet zail olduğu takdirde ekinin biçilme zamanına kadar ücretsiz terkedilmesi caizdir. Kişinin kendi arazisini ektikten sonra orayı satma halinde olduğu gibi.

e) Buğdayın öğütülmesi, yünün eğirilmesi ve buna benzer işlemlerle satılanın değiştirilmesi:

Bir kişi bir duğday satın alsa, onu öğütse veya ekse yahut un satın alarak onu ekmek yapsa veya zeytinyağı satın alıp onu sabun yapsa veya bir kumaş satın alsa ve ondan bir gömlek dikse veya iplik alıp onu dokusa yahut kereste alıp onu kapı yapsa veya tel alıp ondan iğneler yapsa veya herhangi bir şeyi işleyerek o isimden başka bir isimle anılacak hale dönüştürse, bundan sonra da iflas etse; Şafiîlerde azhar olan görüşe göre ve diğer iki mezhepte yani her üç mezhebin ittifakı ile satıcının rücû hakkı -eğer kıymet artmış ise- sakıt olur. Şayet kıymet artmamış ise satıcı rücû edebilir ve iflas edene de bir şey yoktur. [2]

1- *el-Mühezzeb,* I, 326.
2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 283; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 374; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 163; *el-Mühezzeb,* 325; *el-Muğnî,* IV, 416.

f) Satılan şeyin başkası ile karıştırılması:

Bir kişi zeytinyağı satın alsa, onu bir başka yağa karıştırsa, yahut buğday alsa ve onu ayırdedilmesine imkân olmayacak bir şey ile karıştırsa üç mezhebin ittifakıyla rücû hakkı sakıt olur. Ancak Malikîler şöyledemiştir: Bir şeyin misli ile karıştırılması halinde rücû hakkı vardır. Şafiîler ise şöyle demektedir: Satılan şeyi misliyle veya daha aşağısı ile karıştıracak olursa satıcı o karışımdan satılan miktarınca almak hakkına sahiptir. Eğer daha kaliteli bir şey ile onu karıştırmış ise daha zahir olan görüşe göre karışımdan rücû edip bir şey alamaz; aksine diğer alacaklılar ile birlikte onun kıymetinde mudarebc yapabilir. (1)

g) Satılan şeyin eksilmesi:

Ayn'ının kalması ile birlikte bir niteliğinin gitmesi dolayısıyla satılan şeyin maliyetinde bir eksilme olursa yahut zayıflamak, hastalık veya elbisenin eskimesi gibi bir kusur sebebiyle maliyetinde bir eksilme olursa üç mezhebin ittifakı ile bu rücûya mani değildir. Çünkü bu niteliğini yitirmesi onu bizzat malı olmaktan çıkarmaz. Şu kadar var ki, Şafiîlerle Hanbelîlere göre satıcı onu bütün hakkı mukabilinde eksik haliyle almak ile, bütün kıymeti ile öbür alacaklılarla pay sahibi olmak arasında muhayyer bırakılır. Çünkü malın kıymeti o malın zayıflık veya buna benzer niteliklerine göre taksime imkân yoktur; dolayısıyla fiyatların değişmesi sebebiyle kıymetindeki eksilme gibi olur.

Malikîlere göre ise satıcı onu almak ile eksildiği kıymet oranında alacaklılara ortak olmak ve almayıp kıymetinin tümü miktarında diğer borçlulara ortak olmak arasında muhayyerdir. Bu, aynı zamanda o şeyin bir kısmının yabancı birisi tarafından telef edilmesi halinde Şafiîlerin de kabul ettiği görüştür. (2)

3. Hacr Altında Olanların Üzerinden Hacrin Kaldırılması:

Şer'an öngörülmüş bir ilke vardır: Hüküm, var olmak veya yok olmak itibariyle sebebi ya da illeti ile birliktedir. Hacr bir sebep dolayısıyla olduğuna göre hacrin sebebi ortadan kalktığı zaman neticesi olan hacr de ortadan kalkar. Hacr altına alınanlarda hacrin etkisi bahsinde hükmünü açıklamış bulunuyoruz. Burada da kısa bir özetini yapalım:

Rüşdü ve malına karşı tutkusunun belirtileri ortaya çıktığı takdirde sefihin üzerinden hacr kalkar. Ancak İmam Muhammed b. el-Hasen ile İbnü'l-Kasım'ın aksine -sefihlikte açıklamış olduğumuz gibi- fakihler tarafından tercih edilen görüşe göre, hacrin kaldırıldığına dair hakimin kararının bulunması lâzımdır. Çünkü hakimin hükmü ile sabit olan bir şey ancak bir diğer hükmü ile zail olabilir. Aynı şekil-

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* a.g.; *eş-Şerhu's-Sağîr,* a.g.; *Muğni'l-Muhtâc,* a.g.; *el-Muğnî,* IV, 415; *el Mühezzeb,* I, 326.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr* ve *eş-Şerhu's-Sağîr,* aynı yerler; *el-Mühezzeb,* I, 324; *el-Muğnî,* IV, 414; *e Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 320.

de tecrübesi ortaya çıktığı ve güzel bir şekilde tasarruf yapabildiği takdirde *muğaffel* (saf kimse)'nin üzerindeki hacr de kaldırılır ve bu da hakimin hükmü ile ortadan kalkar. Sefih hakkındaki görüş ayrılığı aynen mugaffel konusunda da geçerlidir.

Deli üzerinden hacr eğer şifa bulur ve aklına kavuşacak olursa, ittifakla hakimin hükmüne gerek kalmaksızın kalkar. Aynı şekilde akli güçleri tamamlanıp karışık bir şekilde konuşması zail olduğu takdirde *ma'tuh* (bunak) da bu durumdadır.

Küçük ise, eğer mümeyyiz değilse hacr Hanefî ve Malikîlere göre yedi yaşını tamamlamak suretiyle bazı tasarruflarından kalkar. Şayet mümeyyiz olursa, onun üzerindeki hacri iki şey kaldırır. [1]

1- Şafiîlerin dışında kalan cumhura göre velinin ona ticaret iznini vermesi ile. Ticaret izni zararlı ve faydalı olabilen tasarruflar üzerindeki hacri ortadan kaldırır. Şafiîlere göre ise ticaret izni ile dahi olsa, mümeyyizin üzerinden hacr zail olmaz.

2- Velinin reşid kabul etmesine veya hakimin hükmüne -Malikîlerin dışında kalan cumhura göre- ihtiyaç olmaksızın akıllı ve reşid olarak bülûğa ermesi ile.

Malikîler ise şöyle demektedir: Babası olan küçüğün üzerindeki hacr, hakimin hükmüne gerek olmaksızın reşid olarak bülûğa erdiği zaman kalkar. Eğer onun baba tarafından görevlendirilmiş bir vasisi var ise hakimin iznine gerek olmaksızın onun reşid kabul etmesi ile üzerindeki hacr zail olur. Şayet küçüğün vasisi hakim tarafından tayin edilmiş ise Malikî mezhebinden İbn Cüzey'in görüşüne göre hakimin izni ile ve bu vasinin onun reşidliğini ortaya koyması ile üzerindeki hacr kalkar. *eş-Şerhu'l-Kebîr* ve *es-Sağîr'* de ed-Derdîr'den nakledildiğine göre ise, vasinin onun reşid olduğunu kabul etmesi için hakimin iznine hiçbir şekilde ihtiyaç yoktur. ed-Derdîr'in zikrettiği daha tercihe şayandır. Reşid olduğnu zikretmek ise vasinin adil kimseler önünde: "Şahit olunuz! Ben filân üzerindeki hacri kaldırdım ve onu tasarrufta serbest bıraktım. Çünkü bana göre o artık rüşd sahibidir ve güzel tasarrufta bulunan birisidir" demesi ile olur.

Rüşdü kendisince sabit görüldüğü takdirde hakim hacr altındaki kimsenin rüşdüne hüküm verebilir. Bu kişinin vasisinin olması ile olmaması arasında hiçbir fark yoktur.

Kız evlenip kocası onunla cima edinceye ve reşid olduğu görülünceye kadar -mezhepteki meşhur görüşe göre- babasının velâyeti altında kalmaya devam eder. Yahut da adil kimseler onun kendi malını koruduğuna şahitlik edinceye veya zifaftan önce ya da sonra babası tarafından reşid olduğu belirtilinceye veya zifaftan sonra seçilmiş vasisi tarafında bu açıklanıncaya kadar devam eder. Hakimin tayin ettiği

1- *el-Bedâyi',* VII, 171; *el-Muğnî,* IV, 457.

vasi, reşid olduğuna dair deliller tanıklık etmedikçe mutlak olarak onun reşid olduğunu ilan edemez. Nitekim küçüğün hacr altına alınması bahsinde bunu açıklamıştık.

Müflise gelince: Onun malı alacaklılar arasında taksim edildikten sonra acaba bu paylaştırma sonrasında üzerinde hacr kalkar mı, yoksa hacrin kaldırılması için hakimin hükmüne ihtiyaç var mıdır?

Şafilerle Hanbelîler bu konuda iki görüş zikretmişlerdir. (1)

1- Müflisin malının pay edilmesi ile birlikte hacr ortadan kalkar. Çünkü hacre sebep olan husus ortadan kalkmış bulunmaktadır. Buna bağlı olarak hacrde zail olur. Tıpkı delinin deliliğinin son bulması sebebiyle deli üzerindeki hacrin de son bulması halinde olduğu gibi.

2- Ancak hakimin hükmü ile ortadan kalkar; çünkü bu hakimin hükmü ile sabit olmuş bir hacrdır. Dolayısıyla ancak hakimin hükmü ile ortadan kalkar. Savurgan bir kimse üzerinde hacr halinde olduğu gibi. Bunun hükmü deliden farklıdır. Çünkü onun hacr altına alınması, kendisi sebebiyle sabittir ve bunun zail olması ile hacr de ortadan kalkar.

Kanaatimce hakimin müflisi hacr altına aldığına dair hükmünün hacr için azami bir süre tayinini de ihtiva etmesi gerekir. Bu ise müflisin mallarının tasfiyesinin tamamlanması süresidir. Hedef gerçekleştiği takdirde hakimin hükmüne gerek olmaksızın hacrin etkisi kendiliğinden ortadan kalkar.

4. Borcun Terekeye Taalluku:

Vadeli Borçların Vadesi Borçlunun Ölmesiyle Gelir mi?

Aralarında mezhep imamlarının da bulunduğu ulemanın cumhuruna göre (2) vadeli borçların ölüm ile vadesi gelir. Aynı şekilde Hanefîlerle Malikîlere göre -başkalarının aksine- iflâsa hükmetmek ile de borçların vadesi gelir. ez-Zührî şöyle demektedir: "Uygulanagelen şey, ölüm ile birlikte onun borçlarının vadesinin gelmesi şeklinde olmuştur." (3) Onların delilleri ise şudur: *"Şanı Yüce Allah mirasçıların miraslarını almayı ancak borçların ödenmesinden sonra mübah kılmıştır."*

Eğer borcun vadesi ölüm ile gelmeyecek olursa, borç ya ölünün zimmetinde kalır ya mirasçıların zimmetinde kalır veya mala taalluk eder: Borcun ölenin zimmetinde kalmasına imkân yoktur. Çünkü bu zimmet zaten bozulmuştur, zimmetindeki bu borçları ödemesinin ondan istenmesine imkân kalmamıştır. Mirasçıların zimmetinde de olamaz; çünkü onlar böyle bir borcu iltizam etmiş değillerdir. Aynı-

1- *el-Mühezzeb,* I, 327; *el-Muğnî,* IV, 4449.

2- *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 282; *el-Muğnî,* IV, 435; *el-Mühezzeb,* I, 327.

3- Ömer (r.a)'in rivayet etmiş olduğu şu hadis-i şerif buna delildir. Hz. Peygamber (a.s.) buyurdu ki: *"Adam ölüp de vadeli alacağı ve aynı şekilde vadeli borcu var ise, onun üzerindeki borcun vadesi gelir, alacakları ise vadesi gelince alınır."* *el-Mühezzeb,* I, 327.

ca borç sahibi kimse de onların zimmetlerini kabul etmiş değildir. Çünkü bu zimmetler farklı farklıdır. Borcun terekenin mallarının kendilerine taalluku veya te'cil edilmesi (ertelenmesi, süreye bağlanması) da caiz değildir; çünkü bu, ölüye bir zarardır, alacak sahiplerine de bir zarardır ve mirasçıların da bunda bir faydası yoktur. Ölüye zararlı olmasının sebebi, borcu ödeninceye kadar onun zimmetinde borcun devam etmesidir. Çünkü hadis-i şerifte şöyle buyurulmaktadır: *"kendisi adına ödeninceye kadar mü'minin canı borcu karşılığında taalluktadır."* (1) Borç sahibi yani alacaklıya zararlı olmasına gelince, onun hakkı gecikmiş olur ve bu esnada ayn telef olabilir ve hakkının da sakıt olma tehlikesi vardır. Mirasçılara zararlı olmasına gelince, onlar terekenin aynlarından faydalanamazlar ve onda tasarrufta da bulunamazlar.

Diğer taraftan ölüm, hakları iptal edici bir sebep olarak kabul edilmemiştir. Aksine o, halef olmanın (kimisinin ölenin yerine geçmesin)'in bir vaktidir ve mirasçılığın bir alametidir. Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *Her kim bir hak veya bir mal terkederse bu onun mirasçılarınındır."* (2)

Borcun Terekeye Taalluk Keyfiyeti:

İlim adamlarının çoğunluğu (3) borcun ölünün zimmetinde olduğu gibi kaldığı görüşündedir. Ve bu borç, onun malının ayn'ına taalluk eder. Tıpkı alacaklıların haklarının hacr altına alınması halinde müflisin malına taalluk etmesi veya borcun rehin alınan şeye taalluk etmesi gibi. Çünkü böyle bir durum, ölünün lehine daha ihtiyatlıdır. Zira mirasçılar için borçların ödenmesinden önce terekede tasarruf yasaktır. Şafiîlerce esah olan görüşe göre ise, terekenin rehni hususunda terekeyi kaplayan borç ile başkası arasında fark yoktur. Mirasçıların, terekenin hiçbir şeyinde tasarrufları geçerli olmaz.

Buna göre bir adam bir mal satsa, daha sonra bu bedelin ödemeden önce müşteri vefat etse, bu takdirde satıcı Şafiî mezhebine göre iflâs halinde olduğu gibi o malını almakta daha hak sahibidir. Delilleri ise İbn Ebî Zi'b'in senedini kaydederek, Ebu Hureyre'den yaptığı şu rivayettir: *"Resulullah (a.s.) şöyle buyurdu: Herhangi bir kimse ölür veya iflâs ederse malın sahibi o mala daha bir hak sahibidir."*

Hanbelîler, Hanefîler ve Malikîler de şöyle demektedir: (4) Mal sahibi diğer alacaklılarla aynı durumdadır. Bunun delili ise Ebu Bekir b. Abdurrahman'ın Ebu Hureyre'den yaptığı şu manadaki rivayettir: *"Herhangi bir adam ölür veya iflas*

1- Ahmed, Tirmizî, İbn Mace ve Hakim Ebu Hureyre'den rivayet etmiş olup *sahih* bir hadistir.

2- Ahmed ve İbn Mace, Ebu Kerime'den rivayet etmişlerdir. *el-Camiu'l-Kebîr,* III, 178.

3- *Şerhu's-Sirâciyye,* 4 vd.; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 284; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 319 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 144 vd.; *el-Muğnî,* IV, 436; *el-Mühezzeb,* I, 327.

4- İbni Rüşd'ün *Bidâyetü'l-Müctehid*'de zikrettiği budur. O iflas ile ölüm arasında fark gözetmektedir. Birincisinde mal sahibi daha bir hak sahibidir. İkincisinde ise diğer alacaklılar arasında fark yoktur. *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye* sahibi ise malın bulunması halinde aralarında fark görmemiştir. Şayet mal telef olmuş ise, bu sefer mal sahibi diğer alacaklılar gibi olur.

ederse, onun alacaklılarının birisi bizzat kendi malını aynen bulacak olursa, malın sahibi diğer alacaklılar gibidir."

Borç, Terekenin Mirasçılara İntikaline Mani Midir?:

Bu konuda Şafiîlerle Hanbelîlerin iki görüşü vardır. [1] Bu iki görüşün sahih olanı da şudur: Borcun terekeye taalluku mirasa mani değildir. Çünkü borcun terekeye taalluku hiçbir zaman rehin alan kimsenin rehin alınan maldaki hakkının taallukundan fazla değildir. Bunun gibi alacaklının, müflisin malındaki hakkından ve kendisine karşı cinayet işlenenin, caninin malındaki hakkından fazla değildir. Bütün bunlar ise ne rehin bırakanın, ne müflisin ne de caninin hakkında mülkiyeti izale edici değildir. O halde borcun terekeye taalluku, mülkiyetin mirasçılara nakline mani değildir.

Eğer mirasçılar satış veya başka her hangi bir şekilde terekede tasarruf etseler, onların bu tasarrufları sahih olur ve borcu ödemeleri onlar için lâzım olur. Şayet ödemelerine imkan olmazsa, tasarrufları fesh olur. Terekede meydana gelen yavrulamak, ürün vermek gibi fazlalıklar da mirasçıların hakkıdır. Çünkü bu, onların mülkiyetinde meydana gelmiştir. Şayet mirasçı tasarrufta bulunur ve ortada borç diye bir şey de bulunmaz, ancak daha sonra kusurlu olarak satılmış olan malın geri verilmesi ile bir borç ortaya çıkarsa, daha sahih görüşe göre yine tasarruf geçerli olmaya devam eder. Ancak borç ödenmeyecek olursa, hak sahibinin hakkını elde etmesi için onun bu tasarrufu fesh olur.

Mirasçının terekenin bizzat kendisini alıkoyup borcu kendi malından ödemek hakkına sahip olduğunda görüş ayrılığı yoktur. Çünkü bu konuda o, miras bırakanın halefidir. Miras bırakanın ise söz konusu edilen bu yetkisi vardır.

Ölünün veya müflisin malı alacaklıları arasında paylaştırılır da ondan sonra bir başka alacaklı ortaya çıkarsa, diğer alacaklılara rücû eder ve aldıkları mallarda kendi borcu miktarınca onlarla ortak olur. Çünkü bu paylaştırma zahiren onun başka alacaklıları olmadığı hükmü gereğince yapılmıştır. Bunun aksi ortaya çıkınca, bu paylaştırmanın da yeniden yapılması vacip olur.

Tercih edilmeyen ikinci görüş ise şudur: Borç, terekenin mirasçılara intikaline manidir. Çünkü Yüce Allah: *"Yaptığı bir vasiyet veya bir borçtan sonra..."* (Nisâ, 11) diye buyurmaktadır. Yani vasiyetin (gereği olanların) verilmesinden ve borcun ödenmesinden sonra eğer bir şey kalırsa, demektir. Bu buyrukta yüce Allah borcun ödenmesinden ve vasiyetin yerine getirilmesinden sonra geriye kalan terekeyi mirasçıya vermiştir. Dolayısıyla bunlar yerine getirilmeden önce, mirasçıların mülkiyeti sabit olmaz. Şayet mirasçılar tasarrufta bulunacak olurlarsa, tasarrufları da sahih olmaz, çünkü onlar mülkleri olmayan şeyde tasarruf etmişlerdir. Ancak alacaklıların onlara izin verme hali müstesnadır.

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 145 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 327; *el-Muğnî,* IV, 437.

İÇİNDEKİLER

KARZ

İCÂR (KİRA) AKDİ

CİALE (MÜKÂFAT VAADİ)

MAL ŞİRKETLERİ

MUDAREBE ORTAKLIĞI

İSLÂM FIKHI AÇISINDAN ESKİ VE YENİ DURUMUYLA ŞİRKETLER

HİBE

ÎDÂ (EMANET BIRAKMA)

İARE (ÖDÜNÇ)

VEKÂLET

KEFALET

HAVALE

REHİN

KEFALET

HAVALE

REHİN

SULH

İBRA

İSTİHKAK

MUKÂSSA (BORÇLARIN TAKASI)

İKRAH

HACR